



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
TESE DE LÁUREA

***PROVA ILÍCITA: UMA COMPARAÇÃO DE SEU APROVEITAMENTO EM
DIFERENTES PROCESSOS***

Projeto de Pesquisa do Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”), apresentado ao Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo – USP, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

JULIO CESAR CAPPUTI MARTINS

Nº USP 11265494

2023

AGRADECIMENTOS

A Deus.

RESUMO

O direito à prova tem conotação democrática e relaciona-se com a justa e correta aplicação do direito material, de modo a possibilitar a instrumentalização do processo como meio de alcançar a pacificação social. Constitui, assim, um direito fundamental, consubstanciado no acesso à ordem jurídica justa, no devido processo legal e na ampla defesa. Apesar disso, a Constituição Federal Brasileira limita, expressamente, o direito à prova por meio da vedação às provas ilícitas que, caso coligidas aos autos, devem ser desentranhadas. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho foi analisar, por meio de pesquisa bibliográfica e comparação jurisprudencial, se há possibilidade de flexibilização da aludida vedação e, em caso positivo, de que forma o aproveitamento das provas ilícitas repercutem no âmbito dos diferentes processos. Verificou-se que, majoritariamente, admite-se a mitigação do princípio de vedação às provas ilícitas por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, a partir do qual há o cotejo dos direitos envolvidos no caso concreto. Não obstante, examinou-se que a referida mitigação se dá, praticamente, apenas nos casos de uso *pro reo* no âmbito do processo penal. A partir disso, concluiu-se que existe, em certa medida, uma reprodução dos antigos dogmas processuais, pautada, principalmente, na distinção entre verdade formal, que seria aplicada ao processo civil, e verdade material, ligada ao processo penal. Adicionalmente, revelou-se possível a utilização da prova ilícita no processo civil e *pro societate* no âmbito do processo penal, desde que o princípio da proporcionalidade assim o permita. Para tanto, apurou-se a necessidade de superar certos desequilíbrios calcados no valor exarcebado dado, por motivos históricos, ao direito à intimidade e à privacidade, e de considerar, no exame da proporcionalidade, além do direito que se pretende proteger, o escopo de pacificação social inerente ao direito à prova, no contexto da instrumentalidade do processo.

Palavras-chave: verdade; instrumentalidade do processo; prova ilícita; princípio da proporcionalidade; mitigação; vedação; aproveitamento.

ABSTRACT

The right to evidence has democratic connotations and is related to the fair and correct application of substantive law, in order to make the legal process a means of achieving social peace. It is therefore a fundamental right, embodied in access to a just legal system, due process, and the right to a defense. Despite this, the Brazilian Federal Constitution expressly limits the right to evidence by prohibiting illegal evidence, which, if included in the case file, must be removed. In this context, the aim of this work was to analyze, through bibliographic research and jurisprudential comparison, whether there is a possibility of relaxing the aforementioned prohibition, and if so, how the use of illegal evidence affects different legal proceedings. It was found that, mostly, the principle of the prohibition of illegal evidence is mitigated by applying the principle of proportionality, which weighs the rights involved in the specific case. However, it was examined that this mitigation practically only occurs in cases pro reo in criminal proceedings. From this, it was concluded that there is, to some extent, a reproduction of old procedural dogmas, mainly based on the distinction between formal truth, which would be applied to civil proceedings, and material truth, linked to criminal proceedings. Additionally, it was revealed that the use of illegal evidence is possible in civil proceedings and pro societate in criminal proceedings, provided that the principle of proportionality allows it. To do so, it was necessary to overcome certain imbalances based on the exaggerated value historically given to the right to privacy, and to consider, in examining proportionality, not only the right to be protected but also the social peace inherent in the right to evidence, in the context of the instrumentality of the legal process.

Keywords: truth; instrumentality of the process; illegal evidence; principle of proportionality; mitigation; prohibition; exploitation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O PROCESSO E A BUSCA DA VERDADE	8
3	A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	12
3.1	ESCOPOS SOCIAIS DO PROCESSO	15
3.2	ESCOPOS POLÍTICOS DO PROCESSO.....	17
3.3	ESCOPOS JURÍDICOS DO PROCESSO.....	19
4	TEORIA GERAL DA PROVA	21
4.1	O CONCEITO DE “PROVA”	21
4.2	A PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL LIGADO À INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO 23	
4.3	A FINALIDADE DA PROVA, A VERDADE E O STANDARD PROBATÓRIO.....	26
4.4	O MODELO PROBATÓRIO ADOTADO PELO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	30
4.5	RELAÇÃO ENTRE DIREITO PROCESSUAL E A VERDADE: A SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE VERDADE FORMAL E VERDADE MATERIAL	33
5	A PROVA ILÍCITA	36
5.1	ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS	39
5.2	INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS	40
5.3	AS PROVAS ILÍCITAS E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE: UMA SAÍDA?	41
5.4	(IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO BRASILEIRO	44
6	PROBLEMAS ORIUNDOS DOS TRATAMENTOS DADOS À PROVA ILÍCITA 50	
6.1	A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A REPRODUÇÃO DOS VELHOS DOGMAS PROCESSUAIS	50
6.2	A PROVA EMPRESTADA E A SUA RELAÇÃO COM AS PROVAS ILÍCITAS: UM MEIO DE SUPERAÇÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL	55
6.3	O APROVEITAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS À LUZ DA VERDADE, DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	59
7	O APROVEITAMENTO DA PROVA ILÍCITA ANALISADO SOB O PRISMA JURISPRUDENCIAL	65

7.1	HC N. 71.373-4/RS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL.....	65
7.2	RMS N. 5.352/GO E A NECESSIDADE DE APROVEITAMENTO DA PROVA ILÍCITA.....	67
7.3	HC N. 69.912 E HC N. 3.982 E A PROVA ILÍCITA <i>PRO SOCIETATE</i> NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL	70
7.4	RMS N. 13.986/DF E INQ 2.424 E A PROVA EMPRESTADA NOS DIFERENTES PROCESSOS	74
8	CONCLUSÃO.....	77
9	BIBLIOGRAFIA	79

1 INTRODUÇÃO

É cediço que as provas ilicitamente obtidas são inadmissíveis no processo, conforme art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

A despeito disso, não se desconhecem julgados que, em detrimento dos direitos fundamentais à intimidade e privacidade expressos na Carta Magna, admitem processualmente a prova ilicitamente obtida.¹

Essa aparente contradição entre lei e jurisprudência é justificativa suficiente para que se pesquise acerca do aproveitamento da prova ilícita.

No entanto, o tema é muito mais complexo: a classificação de uma prova como ilícita pode variar, segundo a Constituição Federal, conforme o tipo de processo em que está inserida.

Isso porque há previsão expressa de que o sigilo de comunicações telefônicas não é inviolável se utilizado para fins de **instrução penal**:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

¹ “EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido.” (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70018683508 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL – TJRS – 28/03/2007).

Porém, como se observa, tal inviolabilidade aplicar-se-ia aos demais processos, o que implicaria, a priori, um desigual tratamento processual a depender da matéria e das partes do processo.

Para além do problema da desigualdade, tal diferenciação de tratamento engendra sérios problemas processuais, como o da aplicação do instituto da prova emprestada.

E transcendendo a própria questão processual, é necessário refletir em que medida a vedação da prova ilícita viola o direito fundamental à prova e o direito a uma decisão **justa**. Ou, em outras palavras, de que forma a vedação da prova ilícita vai de encontro (ou ao encontro) da instrumentalidade do processo.

2 O PROCESSO E A BUSCA DA VERDADE

Segundo Michelle Taruffo², a pós-modernidade trouxe consigo a tese de que a verdade deveria ser banida do discurso filosófico, já que seria, supostamente, um instrumento superado e não confiável.

Passou-se a se sustentar a existência de múltiplas verdades, a depender do ponto de vista de cada interlocutor ou grupo social em que este se inserisse. Isto é, a verdade tornou-se subjetiva, constituída a partir da aceitação de um número de pessoas.

Tal entendimento, contudo, atenuou-se, na medida em que se reconheceu a possibilidade da existência de descrições verídicas sobre acontecimentos que se verificam no mundo externo. A verdade, pois, consistiria na verificação da ocorrência de um enunciado no mundo real.

Assim, a verdade seria única e absoluta – apenas seu grau de confirmação variaria –, podendo ser relativa no que diz respeito à sua relação com o contexto em que surge, com o método de sua busca e com a quantidade e qualidade de informações de que se dispõe.

É dizer, nenhuma maioria, ou unanimidade, poderia tornar verdadeiro aquilo que é falso, ou falso aquilo que é verdadeiro. Na prática, mesmo que a sociedade acreditasse piamente que o sol é que gira ao redor da terra, o contrário não deixaria de ser verdade.

No tocante à justiça e ao processo, tal dualidade acerca da verdade também pode ser observada: por um lado, diz-se que é aceita como justa a decisão que se baseia em um procedimento justo, com base em critérios previamente escolhidos.

Isso significa dizer que a justiça da decisão baseia-se em sua formação, não importando se seu conteúdo tem correspondência com a realidade dos fatos.

² TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Em outras palavras, trata-se de uma “*justiça de procedimento*”. Isto é, se as regras de procedimento foram respeitadas e as partes tiveram papel ativo no processo, então não importa se a sentença condiz com a verdade dos fatos, ela será igualmente justa.

Sobre esse ponto de vista, assevera Taruffo:

*“Daí a ideia de que se possa falar em justiça somente como se essa fosse uma espécie de equivalente funcional da legitimação ou da aceitação social determinada pelo procedimento e por ritos mais ou menos teatrais, deixando-se de fora do foco da atenção a questão da justiça ou da injustiça da decisão singular com base nos fatos e nas dimensões jurídicas das controvérsias singulares.”*³

A busca da verdade revelar-se-ia, pois, contraproducente do ponto de vista da resolução das controvérsias, já que um conflito poderia ser resolvido com base na apuração errônea dos fatos, enquanto a busca da verdade requereria tempo, custo e atividade processual, permitindo que o conflito social recrudescesse.

Segundo esse pensamento, o estado preservaria sua ordem por intermédio de uma decisão que apenas encerrasse juridicamente uma controvérsia jurídica.

A posição, por exemplo, de LUNARDI e DIMOULIS era a de que “*apresentar a justiça como finalidade do processo é indício de um peculiar atraso no pensamento processualista*”⁴

Conforme sua opinião, sob o viés intra-sistemático, o conceito de justiça estaria intimamente atrelado à observação das regras procedimentais e dos precedentes judiciais, de tal sorte que a limitação do direito à prova, essencial para a busca da verdade, por estar incluída no sistema de normas, não seria injusta ou ilegítima.

Nesse sentido, o julgador não buscaria a verdade, mas limitar-se-ia à resolução do conflito entre as diversas narrativas e versões sobre um mesmo fato objetivo, do que decorreria a verdade.

A “*justiça de procedimento*”, todavia, ao sobrepor o procedimento à verdade, ignora totalmente a instrumentalidade do processo, considerando este como um fim em si mesmo.

É que para o escopo do processo ser atingido, não basta a solução do litígio, faz-se necessário que haja pacificação social.

O processo seria, na opinião da doutrina predominante, um instrumento para encontrar a verdade e dar uma solução justa ao caso concreto, de modo que a busca da verdade seria um meio pressuposto para alcançar a solução justa.

³ Ibid., p. 130.

⁴ LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial, v. 2, p. 815-832, 2010, p. 816.

Defende-se, pois, que a busca da verdade é imprescindível para que se atinja o escopo do processo. Sob esse viés, não basta que o Estado ponha fim ao conflito instaurado, é necessário que a decisão seja formulada com base no direito material.

Por consequência, passa-se a distinguir decisões *boas* e *ruins*, independentemente da escorreita observação das regras procedimentais. Torna-se inevitável que uma decisão boa deve, necessariamente, fundar-se na apuração verdadeira dos fatos.

Em outras palavras, o sujeito só é verdadeiramente titular de um direito se os fatos de que dependem sua existência são verdadeiros.

A verdade torna-se pressuposto de uma decisão justa.

Em suma, verifica-se a existência de duas principais correntes acerca do processo justo: numa primeira, o justo processo confunde-se com a justiça procedimental, no sentido de que há justiça quando há observação das garantias fundamentais do processo. Numa segunda, além de se observar as garantias, o justo processo garante que a decisão baseie-se na apuração concreta dos fatos.

Sobre a segunda posição, explica Taruffo:

“A justiça da decisão não deriva exclusivamente da correção do procedimento e nessa não se exaure, dependendo, porém, da subsistência de condições específicas. Essas condições podem ser divididas em três: a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que não tenha sido tomada em conformidade ao direito, em homenagem ao princípio da legalidade; c) que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados.”⁵

Assim, embora a verdade não seja suficiente, ela é imprescindível para que uma decisão seja considerada justa. Nesse sentido, é por meio da afronta dos diversos sistemas probatórios que se permitirá a apuração da verdade.

Nesse contexto, sobressai-se o princípio da relevância, segundo qual todas as provas potencialmente úteis para a apuração da verdade dos fatos deveriam ser admitidas em juízo.

Contudo, o próprio sistema legislativo prevê regras de exclusão, isto é, embora todas as provas relevantes para apuração da verdade devessem ser admitidas em juízo, há exceções.

O problema surge quando não são admitidas provas que condicionariam a decisão final do processo.

⁵ TARUFFO, op. cit., p. 142.

Isto é, como a admissão daquela prova relevante traria problemas indesejáveis, privilegia-se sua exclusão, de modo que a decisão final se dá sobre fatos dos quais não se tem o conhecimento completo ou verdadeiro.

Cite-se, por exemplo, a possibilidade de uma testemunha abster-se de testemunhar sobre fatos sigilosos. Por óbvio que não se ignora a existência de um direito à privacidade e intimidade que deve ser protegido, mas, por outro lado, é inegável que se reduz a possibilidade de apurar um fato que seja imprescindível para que uma decisão justa seja tomada.

A propósito, considerando que o êxito da lide discutida no processo depende da satisfação do ônus probatório, que, por sua vez, implica permissão irrestrita à produção de provas, mostra-se, a princípio, inconstitucional a norma que limita a produção de prova, até por se tratar de garantia fundamental.

Assim, é evidente que o direito fundamental à produção de provas só pode ser limitado por outra norma que vise à proteção de outro direito fundamental, de modo que este se sobressaia mediante um exame de proporcionalidade.

E, no direito brasileiro, é justamente a vedação à prova ilícita que representa a maior limitação à busca da verdade por meio do sistema probatório e, por conseguinte, um obstáculo ao proferimento de uma decisão justa.⁶

É preciso saber, pois, em que medida a vedação à prova ilícita representa, no nosso sistema processual, um óbice aos fins do próprio processo. Ou melhor: de que maneira conciliam-se o direito fundamental à prova e a vedação à utilização de prova ilícita.

Antes de tudo, porém, é necessário entender o que é processo, quais são seus objetivos e se a concepção do sistema brasileiro estabelece escopos metajurídicos a permitir a colocação da justiça e da verdade para além do viés intraprocedimental.

⁶ “No direito brasileiro, a mais genérica e relevante regra de exclusão se encontra na vedação constitucional de utilizar provas obtidas por meios ilícitos, conforme o art. 5º, LVI da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Objetivo dessa norma é preservar os direitos fundamentais contra eventuais intervenções estatais que, no intuito de recolher provas relevantes, invadiriam a esfera de autodeterminação dos indivíduos.

O termo “meios ilícitos” não indica somente os meios probatórios expressamente proibidos em lei, mas qualquer espécie de prova em desacordo com disposições vigentes. Em particular, é vedado utilizar como meio probatório um elemento de informação obtido de maneira que desrespeita normas constitucionais, por exemplo, uma confissão obtida mediante emprego ou ameaça de tortura (art. 5º, III e XLIII da CF).

Quando o aplicador do direito detém uma prova que considera verdadeira, mas não pode utilizá-la porque foi obtida de maneira que contraria previsões legais, o resultado do processo só será verdadeiro se o juiz infringir a vedação probatória. Caso contrário, teremos uma decisão que contraria a verdade.” (LUNARDI e DIMOULIS, op. cit., p. 827-828).

3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

O Direito é um sistema de normas de conduta, ou seja, é um conjunto de regras que tem por função regular a atitude de um grupo de pessoas. Assim, a norma aponta para uma conduta desejável, a qual foi estabelecida de acordo com valores sociais desenvolvidos historicamente.⁷

Nesse sentido, a norma não só aponta para uma conduta desejável pelo direito, mas vincula uma sanção à conduta oposta da norma. Isso significa que toda violação da norma pode trazer consequência.

Mas mais do que isso: todo titular de direito pode recorrer ao Estado para que obtenha tutela jurídica, pois aquele tem obrigação de fazer cumprir a lei.

Quando falamos, porém, que o titular do direito pode recorrer ao Estado, estamos falando que ele recorrerá aos tribunais, pois este é o órgão que irá assegurar a satisfação do interesse da pessoa.

Além disso, os tribunais não só tutelam juridicamente os direitos violados, como também previnem a sua violação. Em ambos os casos, evidencia-se a necessidade de aplicação de regras que regulem a relação existente entre as pessoas do direito privado (titular de um direito) e os tribunais. E é justamente o conjunto dessas regras que constitui o direito processual.

O direito processual é, portanto, instrumento da jurisdição.

Contudo, o processo como instrumento da jurisdição é uma visão moderna, fruto do desenvolvimento histórico-jurídico.

Com efeito, inicialmente, confundia-se direito de ação com direito material, ou seja, a ação estaria no mesmo plano do direito material, sendo aquela consequência deste.

Nesse sentido, não se poderia falar no direito processual como uma ciência própria, porque a ação era vista como o direito que nasce da violação do direito material. O processo então, era uma sucessão de atos, e a ação não era vista como autônoma em relação ao direito material.

Em um segundo momento, reconheceu-se o direito processual como uma ciência autônoma.

Viu-se o direito de ação desdobrando-se em dois polos: direito de tutela jurídica ao ofendido e direito do Estado de eliminar a lesão praticada por meio de um processo. Em outras

⁷ “Para que se revistam de juridicidade, essas normas primárias (imperativas, proibitivas ou permissivas) carecem da possibilidade de coativamente serem feitas respeitar. Toda a norma primária de conduta é garantida por uma norma secundária sancionatória, que se impõe no caso de violação da primeira.” (FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais, v. 2, 1996, p. 7-8).

palavras, reconheceu-se o direito processual como autônomo, pois o direito de ação não é simples consequência do direito material.

Embora os pensadores do direito tivessem chegado à conclusão de que o direito processual era autônomo em relação ao direito material, houve discordância quanto à natureza da ação. Por consequência, surgiram duas teorias principais: a teoria da ação como direito concreto e a teoria da ação como direito abstrato.

Para os defensores da teoria da ação como direito concreto, esse direito só existiria quando existisse um direito material a tutelar. Ou seja, o direito material era pressuposto do direito de ação, embora fossem direitos diferentes.

A teoria da ação como direito abstrato nasce justamente das críticas feitas à teoria dominante. Isto é, se o direito de agir não exclui a possibilidade de uma sentença desfavorável, ou seja, ausência de direito material, então o direito de ação é apenas abstrato. Assim, a ação é o direito de provocar a atividade jurisdicional, fundamentalmente inerte.

Notemos que há um processo de síntese ocorrendo: o direito processual foi, durante muito tempo, desconsiderado como uma ciência autônoma: ele era visto como parte do direito material, sendo uma sequência de processos que garantiam a satisfação de um indivíduo. A partir do século XIX, o direito processual torna-se uma ciência autônoma e os teóricos do direito passam a tentar desprendê-la do direito material, caminhando para uma situação oposta: a não comunicação entre o processo e o direito material. Assim, o processo se viu apegado às formas e impossibilitado de efetivar o direito material.

É então que surge a terceira fase do processo: a instrumental. Como veremos a seguir, o direito processual passa a ser visto como um instrumento garantidor do direito material, como uma ponte entre o indivíduo e a justiça. Em outras palavras, o processo ganha novos escopos além do jurídico: o social e o político.

O instrumentalismo processual nasce como uma solução para corrigir o exagerado formalismo do processualismo. Os teóricos perceberam que o direito processual deveria ter um objetivo: a paz social. Nesse sentido, esse direito começou a ser visto como um instrumento garantidor do direito material, isto é, um meio para que se alcançasse a justiça social.⁸

Sob esse viés, Dinamarco nos alerta que não adianta afirmar que o direito processual é um instrumento a ser utilizado pelo direito material para sua efetivação. É necessário mais: se

⁸ “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12 edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 177).

o direito processual é um meio, devemos conhecer seu fim. Quais os objetivos que o processo pretende atingir? Quais os princípios norteadores de que os operadores do processo devem se valer?⁹

Compreende-se, portanto, que o direito processual se tornou uma ciência fundamentalmente teleológica: ele serve para atingir um determinado fim, e esse fim deve ser especificado, compreendido e bem relacionado com a própria sociedade. Ou seja, o direito processual não mais serve de tutela ao direito material, mas de tutela ao próprio indivíduo.

Se o que foi dito acima é verdade, já não adianta dizer que o escopo do direito processual é exclusivamente jurídico como antes se pensava, porque enquanto a busca teleológica do direito processual permanece no campo jurídico, ela permanece alienada às demandas sociais.

Dessa forma, se o direito processual moderno se transformou num instrumento à sociedade, ele agora deve atender aos interesses das pessoas, ignorando todo o formalismo jurídico que os teóricos tentaram impor-lhe em todo o desenvolvimento dessa ciência.¹⁰

Assim, perde-se a visão individualista de outros tempos, e passa-se a acreditar na coletividade, ou seja, nos valores da sociedade como um todo. Evidencia-se, na verdade, que o direito processual acompanha o próprio desenvolvimento do Direito: não é apenas o processo que incorporou valores coletivos e sociais, mas todo o direito.

Os princípios norteadores do Código Civil de 2002 corrobora essa ideia: esquece-se o individualismo do código de 1916 e inicia-se a valorização da operacionalidade, socialidade e eticidade. O direito civil agora é analisado sob a luz da Constituição, pois a carta magna no país é que contém todos os valores fundantes da nossa sociedade.

É por isso que os direitos sociais passam a ter um valor muito grande para o direito e que o princípio da dignidade humana passa a nortear a formulação do próprio direito.

Dessa forma, reduzir o escopo do processo apenas à sua funcionalidade jurídica é estar ultrapassado: o processo ganhou uma dinâmica social, um escopo social, e esse é um grande ponto de inflexão quando comparado à doutrina tradicional do direito processual.

Se é verdade que o direito processual não contém apenas o escopo jurídico, pois ganhou uma função social, também é verdade que ele ganhou uma outra dimensão: a política.

⁹ “Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são percebidos pela sociedade.” (Ibid., p. 177).

¹⁰ “A instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumento que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados.” (Ibid., p. 179).

Segundo Dinamarco, a jurisdição institucionalizada faz com que o Estado seja fonte autoritativa de regras de convivência, o que significa que o aspecto político do processo reafirma a soberania estatal no âmbito de fazer valer o seu direito, preservando o ordenamento.

Logo, o processo deve ir além de sua dimensão jurídica, precisando encarar as necessidades sociais. É por isso que a ciência processual moderna já afirma que o escopo do processo não é apenas jurídico, mas também social e político.

É nesse caminho que atualmente se estabelece binômios de objetivos a serem cumpridos pelo processo, mesclando o aspecto jurídico e social.

Portanto, conclui-se que já não se tolera o juiz como um mero espectador frente aos conflitos sociais: ele deve atuar de forma imparcial, mas ativa diante de um caso concreto, buscando sempre o bem comum da sociedade, baseado nos princípios da igualdade e da liberdade.

Assim, o processo deve se oferecer à população, e o Estado deve atender às demandas de seu povo, considerando, por óbvio, que estas variam conforme tempo e espaço. Disso depreende-se que o processo não é universal, mas dinâmico:

“esta não visa nem poderia visar aos mesmos objetivos em um Estado socialista e em um ocidental de tipo capitalista-liberal; nem nas democracias europeias contemporâneas se vê a jurisdição exercida com os mesmos fins que nos regimes totalitários vigentes em alguns desses mesmos países ainda no último século.”¹¹

Porquanto o processo varie conforme cultura, local e tempo, e muito embora não seja uma ciência universal, pode-se dizer que é unânime a compreensão de que seu escopo não é mais apenas jurídico, mas voltado para a realidade social.

Isso implica uma multiplicidade de objetivos: social, político e jurídico.

3.1 Escopos sociais do processo

O escopo social compreende vários objetivos, um deles é a **pacificação com justiça**:

“saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade.”¹²

¹¹ Ibid., p. 187.

¹² Ibid., p. 188.

A relação em sociedade sempre implicará conflito de interesses, pois o desentendimento é inerente às relações sociais. Nesse sentido, o poder jurisdicional é imprescindível, porque ele é o responsável por transformar a insatisfação em justiça, ou pelo menos proferir uma decisão imunizada.

Em outras palavras, o Estado deve garantir a paz social à medida que satisfaz o interesse do indivíduo conflituoso, e quando não o faz, transmite a ideia de que o sistema é inidôneo. É por isso que cada ser social deve ter plena participação no processo e influir em cada etapa, para que ele possa confiar na atividade estatal e acreditar que sua demanda foi justamente apreendida. Assim, mesmo que o autor não concorde com a decisão de uma ação, ele a aceita, o que a torna *imunizada*.

É nesse ponto que deve haver um equilíbrio entre **paz social** e **segurança jurídica**. O Estado deve buscar a efetividade social do direito para a manutenção da paz social, mas sem que isso implique a diminuição da segurança jurídica. Isso pode ser melhor compreendido utilizando os artigos 154 e 244 do Código de Processo Civil:

“Art. 154 - “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial (...)”

Art. 244 - “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

Ou seja, mesmo que alguns atos não compreendam a forma jurídica correta, se ele alcança a finalidade a que estava destinado, então não se pode acarretar a nulidade do ato. Em consonância com o que se diz, observemos o artigo 226 do Código de Processo Civil:¹³

Art. 226 - Incumbe ao oficial de justiça procurar o réu e, onde o encontrar, citá-lo:

I – Lendo-lhe o mandado e entregando-lhe a contrafé;

II – Portando por fé se recebeu ou recusou a contrafé;

III – Obtendo a nota de ciente, ou certificando que o réu não a apôs no mandado.”

É muito comum, no entanto, não haver citação do réu, mas ao final chegar-se à finalidade pretendida. Deveria o juiz anular o ato por isso e acarretar a inefetividade social? Óbvio que não.

¹³ Retirado, em 02/11/2022, de: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/entenda-o-principio-da-instrumentalidade-das-formas>.

Um outro objetivo do escopo social é a **educação**, isto é, a conscientização dos membros da sociedade em relação aos seus direitos e obrigações.¹⁴

É nesse sentido que Dinamarco defende a Lei dos Juizados Especiais e o Código do Consumidor, pois eles acabam instituindo órgãos, pelo menos no caso deste (Procon), que atuam pelas pessoas que são poucas afeitas às disputas judiciais. Dessa forma, essas são ferramentas que tentam mitigar a desconfiança do brasileiro perante o Estado, quando buscam a solução de conflitos e a satisfação dos interesses sociais.

Pretende-se com isso estabelecer um clima generalizado de confiança no Poder Judiciário e, mais além, de **segurança social e insatisfações eliminadas**.¹⁵

3.2 Escopos políticos do processo

Não restam dúvidas de que o direito processual está intrinsicamente ligado às estruturas do próprio Estado e de suas relações com o povo a quem submete. O que é necessário saber é em que medida ele consegue influenciar politicamente.

Segundo Dinamarco, o direito processual influencia três aspectos da política. Primeiro, ele influencia a **capacidade estatal de decidir imperativamente**. Por óbvio que isso já foi demonstrado, já que o desenvolvimento que levou da autotutela à heterocomposição foi acompanhado da evolução organizacional e burocrática do Estado, o qual conseguiu cada vez mais expandir seu controle soberano.

Um exemplo claro disso é a questão da escravidão no Brasil: durante centenas de anos a escravidão foi tolerada em território brasileiro, até que um movimento de cidadania movido de cima para baixo aboliu a escravidão. Essa cidadania forjada ou imposta ao povo foi consequência da vontade de afirmar a soberania estatal cuja vontade era expandir sua soberania para além das fazendas privadas. Ou seja, à medida que a organização do Estado evoluía, seus aparelhos jurisdicionais também desenvolviam.

Ademais, é justamente essa garantia da autoridade do Estado que garante a agregação social. Recordemos que quando abordamos a autotutela como forma de solução de conflito, chegamos à conclusão de que ela causa um alto grau de desagregação social, pois o mais forte subjuga o mais fraco, tornando as relações sociais injustas e dispersas. Ou seja, ao mesmo tempo

¹⁴ “Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tender a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios... que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas.” (DINAMARCO, op. cit., p. 192).

¹⁵ Ibid., p. 193.

que o direito processual reafirma a autoridade estatal, esta também consegue fazer uma melhor utilização do processo como instrumento para se alcançar a paz social.

O segundo aspecto que o direito processual influi na política é a **concretização do culto ao valor da liberdade**, de forma a tentar equilibrar o exercício do poder estatal com o direito à liberdade humana. Mas o direito processual não só regula a relação estado *versus* privado, como também privado *versus* privado. Como exposto acima, o direito processual inibe a autotutela e passa a admitir a presença de um mediador imparcial, e é exatamente isso que garante a liberdade do indivíduo.

O terceiro aspecto é assegurar a **participação dos cidadãos na sociedade**, o que está intimamente relacionado com o advento de processos e leis que façam incluir os indivíduos no processo judiciário brasileiro, como retroexposto. Logo, um Estado democrático tem a obrigação de garantir ao seu povo uma participação em todas as esferas sociais, o que implica a participação também no processo judiciário.¹⁶

Assim, é inegável dizer que o processo tem outros fins que não a tutela do direito material. Ele, além de seu escopo social, também serve para reafirmar a autoridade estatal e dar efetividade aos direitos garantidos na Constituição, como liberdade e igualdade.

Daí pode-se seguir que se o Estado deve buscar a paz social, efetivar a garantia dos direitos fundamentais e querer fazer valer o cumprimento da lei, então por que a atividade jurisdicional deve ser inerte?

É evidente que se a inércia do sistema jurisdicional fosse quebrada, teríamos duas consequências: o fim da imparcialidade e o aumento dos conflitos sociais. Sobre o fim da imparcialidade, compreende-se que os indivíduos teriam ainda menos confiança no Poder Judiciário, o que tornaria inviabilizaria os pressupostos existenciais do processo. Da mesma forma, se fosse o Estado o responsável pela procura dos conflitos, isso diminuiria a pacificação social e impossibilitaria a participação efetiva da população, o que novamente contraria a instrumentalidade do processo.

É exatamente por isso que existe a figura do Ministério Público, que é agente estatal independente dos três poderes, e recebe legitimidade para defender os interesses coletivos, isto é, aqueles que extrapolam a esfera individual e transformam-se em interesse público, como no caso da defesa do meio ambiente.

¹⁶ “Poder (autoridade) e liberdade são dois polos de um equilíbrio que mediante exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições.” (Ibid., p. 199).

Dessa forma, conseguimos equilibrar o escopo social e político do Estado e o binômio paz social-segurança jurídica, dando efetividade aos direitos ao mesmo tempo em que se encarrega ônus processuais para aqueles que querem ter seus interesses individuais protegidos.

3.3 Escopos jurídicos do processo

O escopo jurídico faz parte da teoria instrumentalista, juntamente com o social e o político. Entretanto, antes da teoria instrumentalista, na fase processualista, o escopo do processo era apenas jurídico. Nesse sentido, não se levava em conta as demandas sociais e os interesses alheios para se construir a finalidade do processo. Este era apenas visto como uma ciência autônoma que tutela o direito material.

Como bem afirma Dinamarco:

“É de extrema fragilidade e chega a ser ingênua a crença de que o sistema processual jurisdicional tenha por escopo a produção de decisões, de título executivo ou da coisa julgada. Ou seja, está superada a visão de que o escopo do processo é apenas jurídico, como pensava a doutrina tradicional.”¹⁷

A visão não instrumental do processo está mais relacionada com a neutralidade ideológica do que com a finalidade de produzir efeitos sociais. Por esse motivo, ela acaba desconsiderando o papel do juiz num caso concreto, vendo-o apenas como um mero espectador e não como aquele que revela o direito, fazendo a ponte entre o jurídico e o social.

Afirmar o direito processual como instrumental significa, portanto, na prática, conceder ao juiz maior poder discricionário para atuar num caso concreto em detrimento de sua atuação imóvel e positivista. Tal atuação tão positivista dos juízes, louvada pela teoria anterior à instrumental, significa apegar-se de tal forma ao literalismo exegético a ponto de tomar uma decisão injusta ou tornar o processo inefetivo.

Logo, o juiz deve estar atento aos valores da sociedade e às aspirações sociais, porque quando o faz, também mostra servidão à justiça e, conseqüentemente, ao próprio direito. Por óbvio que quanto mais se aumenta o poder discricionário do juiz, mais facilmente ele incorrerá em parcialidade, situação a qual era incisivamente combatida pela antiga teoria e usada para justificar a alienação do direito processual perante a sociedade.

Contudo, devemos tomar cuidado: aumentar o poder discricionário do juiz não significa permitir que ele traga seus sentimentos e preferências pessoais para o julgamento, pelo

¹⁷ Ibid., p. 210.

contrário, ele ainda está sujeito à lei, a qual ordena imparcialidade. Sob esse entendimento, não cabe ao juiz criar a norma segundo o que pensa, mas cabe a ele, consoante os valores sociais e a partir de sua interpretação, escolher uma solução, entre várias possíveis na lei, que melhor atenda à pacificação social.

Assim, o juiz deve atender aos interesses coletivos ao mesmo tempo que atende à legalidade, e assim voltamos ao binômio paz social-segurança jurídica, pois enquanto o serviço à legalidade garante a segurança jurídica, o papel ativo do juiz garante a paz social, escopo principal da teoria instrumentalista, e veemente condenado pela teoria anterior.¹⁸

O escopo jurídico pode ser abordado também, além da perspectiva do juiz, pela perspectiva das partes. É nesse sentido que a teoria instrumentalista atribui cada vez mais ônus às partes, com vistas a fazê-los partícipes ativos do processo. Muito embora “ônus” tenha uma carga literal negativa, ele é visto como “imperativo do próprio interesse”.¹⁹

Deve-se ter em mente aqui, no entanto, o escopo social retroexposto. Os ônus processuais é uma forma de garantir a participação do indivíduo no processo, de forma que este possa vê-lo como um instrumento e não como mais uma instituição desconfiada do Estado. O ônus processual é, portanto, em última instância, elemento legitimador do direito processual.

Entretanto, aqui também cabe o equilíbrio: os ônus não podem ser grandes a ponto de desestimular aquele que move a ação ou que se defende. Um fardo muito grande para o autor faria com que ele não visse no processo um meio de satisfazer seus interesses, bem como um fardo muito grande para quem se defende faria com que o processo fosse injusto. Por conseguinte, o equilíbrio dos ônus processuais é fundamental para atingir o escopo social.

“O escopo jurídico, sendo o mais superficial e menos significativo, cede passo a considerações de outra ordem, ligadas ao campo político e social. Se o resultado do processo de afastou dos desígnios do direito substancial nada mau ou muito significativo reside nisso, desde que o escopo social de pacificação haja sido atingido.”²⁰

Com essas palavras, Dinamarco mostra a insuficiência da perspectiva jurídica nas investigações teleológicas do sistema processual. E é por isso que a antiga teoria fracassou, porquanto só considerava o escopo jurídico para fins do processo.

¹⁸ “[...] ele age como canal de comunicação entre a nação e o processo e que, quando inovar por contra própria, contra legem ou fora dos limites tolerados, ele estará agindo sem fidelidade aos objetivos de sua missão e o que pretender impor carecerá de licitude ou mesmo de legitimidade.” (Ibid., p. 236).

¹⁹ “Os ônus processuais desempenham a função de verdadeiras molas propulsoras, responsáveis pela motivação das partes a se empenharem na eficiente defesa de seus direitos ou de suas aspirações, participando ativamente do processo civil mediante atos destinados a gerar resultados favoráveis.” (Ibid., p. 237).

²⁰ Ibid., p. 242.

Desse modo, a teoria instrumentalista inova ao propor escopos metajurídicos, a saber: o social e o político. E, além disso, demonstra que o escopo jurídico é o menos importante do processo, pois é superficial e deve ceder a considerações sociais, como na regulação da conduta do juiz diante de um caso concreto ou na inserção de ônus processuais para as partes do conflito.

Diante desse cenário, entende-se que o processo não pode limitar-se à justiça procedimental, isto é, aceitar como justa a decisão que apenas respeita as regras procedimentais.

Para além disso, é necessário que a decisão: (i) seja consequência de um processo justo, entendido como aquele que não viola garantias fundamentais; (ii) tenha sido proferida em conformidade com o direito material; e (iii) baseie-se na verdade dos fatos observados no mundo externo.

Tais requisitos pressupõem, logicamente, que o julgador tenha conhecimento da verdade dos fatos, o que só é possível mediante a produção de provas pelas partes, motivo pelo qual a verdade aparece como uma das finalidades do processo.

À luz desses pensamentos, questiona-se em que medida são legítimas as normas que limitam o direito à prova, sobretudo a partir do comando genérico de “vedação às provas ilícitas”.

É sobre o que, à luz da instrumentalidade do processo, debruçar-nos-emos a seguir.

4 TEORIA GERAL DA PROVA

4.1 O conceito de “prova”

Como visto, é o Estado aquele que detém a legitimidade para exercer a jurisdição, a qual se dá através de um processo expressamente previsto no sistema normativo e por meio da provocação de qualquer pessoa competente que pretenda a tutela de algum direito.

A provocação é feita através da apresentação do conflito ao órgão jurisdicional, de modo que este conheça os pedidos formulados e os fatos em que se baseiam.

Então, cabe ao juízo identificar a norma abstrata aplicável ao caso concreto e proferir uma decisão que ponha fim ao conflito instaurado, nos termos da máxima *“da mihi factum, dabo tibi ius”*.

Percebe-se que os fatos, dessa forma, representam grande importância ao desfecho do processo, pois a concessão ou não da tutela pretendida baseia-se justamente neles, em conjunto com as normas aplicáveis.

O problema é que os fatos, via de regra, não são incontroversos.

Isto é, cada parte integrante da relação processual descreve o fato de forma subjetiva, não só pela percepção do mundo, mas pela pretensão de influir no convencimento do julgador, de sorte a sagrar-se vencedora.

Por conseguinte, não basta a mera alegação de fato, é preciso *provar* sua ocorrência.

Logo, o autor deve provar os fatos que constituem seu direito alegado, enquanto o réu deve provar aqueles que o impedem, modificam-no ou extinguem-no (art. 373 do CPC).

A reconstrução dos fatos, consequentemente, revela-se imprescindível para que o julgador possa identificar qual a norma jurídica aplicável ao caso concreto e, assim, proferir uma decisão justa, consubstanciada naquilo que cada parte deve receber.

Cabe-nos averiguar, pois, qual a extensão significativa do conceito de “*prova*”.

Prova é “*aquilo que demonstra que uma afirmação ou fato são verdadeiros*”. Do latim, significa *ensaio, verificação, exame, inspeção, argumento, um procedimento capaz de propiciar um saber*.

Fredie Didier Jr. relata que a palavra prova tem diversas acepções, podendo ser utilizada para designar (i) “*o ato de provar*”, no sentido de corroborar uma alegação, (ii) “*o meio de prova*”, como técnica para se extrair uma prova; e (iii) “*o resultado dos atos*”, mediante o sucesso ou não do convencimento judicial.

No mesmo sentido, Eduardo Cambi enxerga a prova a partir de uma perspectiva plural, conceituando-a segundo a atividade, o meio e o resultado:

Como atividade, a prova é sinônimo de instrução ou conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes, com a finalidade de reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão. O complexo de atividades, mais ou menos regulado pela lei, denomina-se procedimento probatório.

Como meio, a prova é vista como um instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são introduzidas no processo. A prova, nesse sentido, visa a formação de convencimento do juiz (*iudici fit probatio*) sobre a existência ou não dos fatos constantes do *thema probandum*.

Como resultado, prova é sinônimo de êxito ou de valoração, consubstanciado na convicção do juiz. Percebe-se, por esse aspecto, que a noção de prova envolve aspectos objetivos (atividades, meios), mas também subjetivos (está voltada a buscar a verdade ou a certeza dos fatos discutidos no processo). O juiz pode formar livremente a sua convicção; todavia, essa liberdade não é irrestrita, não se confundindo com o arbítrio. Com efeito, deve ser exercida com responsabilidade e, por isso, exige-se que o juiz motive racionalmente a sua decisão. Para poder motivar sua decisão, o juiz, na atividade de valoração da prova, deve, basicamente, comparar aquilo que foi alegado com aquilo que foi provado. Havendo dúvidas quanto à existência dos fatos, o juiz, para melhor esclarecê-los, pode valer-se dos poderes de iniciativa probatória, previstos na lei processual, e, persistindo as incertezas, aplicar o art. 333, do CPC, como regra de julgamento.²¹ (Grifo nosso).

²¹ CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 48-49.

Humberto Theodoro, por outro lado, divide a conceituação da prova em dois sentidos: (i) objetivo, como um instrumento para demonstrar a existência de um fato; e (ii) subjetivo, como convicção do julgador acerca do fato alegado.

Outro não é o entendimento de Scarpinella Bueno:

“Prova” é palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir acerca da existência, a extensão e as consequências dos fatos que lhe são narrados desde a petição inicial e que dão substrato à incidência de normas jurídicas. A prova, nesse sentido, pode dizer respeito a questões de índole processual (quem têm legitimidade para representar, em juízo, uma dada pessoa jurídica) ou material (que tipo de contrato foi celebrado entre as partes ou quais exigências constavam do edital de licitação).²²

Luiz Avolio define a prova, preliminarmente, como *“a efetiva possibilidade de representar ao juiz a realidade do evento”*.²³

De maneira mais simples, a atividade pode ser definida, então, como aquilo capaz de corroborar uma alegação a partir do convencimento do juízo acerca de sua ocorrência no mundo externo ao processo.

4.2 A prova como direito fundamental ligado à instrumentalidade do processo

A instrumentalidade do processo representou um novo método de pensamento, a partir do qual o processo passou a se preocupar com o acesso à justiça e com a produção de uma resposta mais adequada, célere e eficiente, em detrimento de uma solução estritamente normativa.

Assim é que as provas representam especial importância nessa realidade, já que não há decisões justas sem a reconstrução das questões de fato que integram o objeto do processo, as quais só podem ser demonstradas através da prova.

Isto é, o direito à prova importa a possibilidade de influenciar no convencimento do juiz à medida que se comprovam os fatos alegados, o que aumenta a chance da prolação de uma decisão justa, adequada e eficiente.

²² BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos / Cassio Scarpinella Bueno. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 228-229.

²³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 37.

“O direito à prova tem uma conotação democrática e é uma situação jurídica ativa, porque possibilita às partes a mais ampla possibilidade de participação processual, ampliando suas condições de influir na formação do convencimento do juiz. Com isso, percebe-se que as partes não têm apenas ônus, mas também direitos, que devem ser observados pelo Estado-juiz.

Com isso, percebe-se que o direito à prova tem duas dimensões que se complementa, já que, por seu intermédio, pretende-se a satisfazer tantos os interesses privados das partes em influenciar o juiz na obtenção de uma decisão favorável e, ao mesmo tempo, o interesse público na justa e correta aplicação do direito material, tornando, enfim, o processo um instrumento adequado e eficaz, voltado à legitimação social do exercício do poder jurisdicional.”²⁴

Percebe-se, pois, que o direito à prova é não só assegurado constitucionalmente, como constitui um direito fundamental.²⁵

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 inclui um amplo rol de garantias, dentre as quais a inafastabilidade do poder jurisdicional (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV).

Depreende-se, assim, que o acesso à justiça, possibilitado pelo processo, deve ser justo. Ou seja, não basta a simples inserção da parte num procedimento formal previsto em lei, é ainda necessário que a parte disponha de todos os meios necessários para que alcance o provimento jurisdicional pretendido.

Acontece que é impossível, como visto, a existência de um processo justo sem que o provimento jurisdicional seja baseado na realidade fática percebida fora do processo, pois é a correta reconstrução dos fatos que permite a realização de decisões justas.

Afinal, a subsunção dos fatos à norma pressupõe a correta cognição daqueles.

Por conseguinte, concebe-se o direito à prova como constitucional e fundamental, pois é por meio dele que se perfaz a noção de devido processo legal, bem como se garante a ampla defesa e o contraditório.

Conforme elucida José Roberto dos Santos Bedaque:

“Assegurar o direito de ação no plano constitucional é garantir o acesso ao devido processo legal, ou seja, ao instrumento tal como concebido pela própria Constituição Federal. Entre os princípios inerentes ao processo, destacam-se o contraditório e a ampla defesa.
(...)

²⁴ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 34, 2000, p. 148.

²⁵ “Em verdade, mais do que a necessidade de se provar, proposta a ação, nasce às partes um direito subjetivo de provar suas afirmações. O direito à prova se constitui, de fato, em direito fundamental, e impedir a parte de exercê-lo ocasiona grave violação a princípios constitucionais.” (Direito Probatório / coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al]. – 3. Ed ver., e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 145).

Isso implica, evidentemente, a produção das provas destinadas à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado.”²⁶

Na lição de Fredie Didier Jr²⁷, o direito à prova seria conteúdo do direito fundamental ao contraditório, sendo, por consequência, também um direito fundamental.

De fato, o direito à prova compõe-se de: a) o direito à oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao adequado exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

Nas palavras de William Santos Ferreira:

“O direito à prova corresponde:

- i) Ao “direito à produção probatória”, compreendida como a disponibilidade de utilização dos meios no escopo de demonstração da ocorrência ou inoccorrência de determinado fato, também com fulcro no inc. XXXV do art. 5 da CF;
- ii) Ao “tratamento em contraditório”, assegurando-se ciência acerca de determinada prova, a oportunidade de manifestação e contraprova e consideração judicial destas atividades; e
- iii) À “correta valoração da prova”, o que importa na adequada análise e consideração pelo juiz, de forma fundamentada.”²⁸

Nesse espeque, o direito à prova permite que as partes possam influenciar o julgador a respeito da causa, assim como que cada uma desconstrua a narrativa da parte adversa por meio do contraditório.

Como se não bastasse, o direito à prova também encontra respaldo na Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nos artigos 8º, §2º, f, e 14.1, respectivamente, sendo também dessa forma elevados ao caráter de direito fundamental, nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição Federal.

Apesar disso, assim como qualquer outro direito, o direito à prova não é absoluto e deve ser cotejado com outros direitos igualmente reconhecidos, a fim de garantir a maior efetivação a depender do caso concreto.

²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz. Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988, 1999, p. 168.

²⁷ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo Sarna, De Oliveira, Rafael Alexandria Curso de Direito Processual Civil. V. II. Podium: Salvador, 2015.

²⁸ FERREIRA, William Santos et al. Princípios fundamentais da prova cível, 2008, p. 57.

É notório que a justiça tardia representa uma violação e uma afronta à própria ideia de justiça, de tal sorte que a celeridade é um dos princípios a serem seguidos pelo processo. Assim, o direito à prova poderá sucumbir à necessidade de celeridade do processo, quando, por exemplo, seja necessária a concessão de uma tutela de urgência, ou mesmo quando a hipótese admitir o julgamento antecipado da lide.

Nesse cenário, é possível indeferir a produção de uma prova com fundamento na sua inutilidade e, implicitamente, na ideia de celeridade e eficiência do processo.

Nota-se que, em última análise, o direito à prova traduz mais um instrumento para a garantia da justiça, o qual poderá ser relativizado para que esta seja alcançada com maior eficiência.

Nas palavras de Eduardo Cambi:

“Desse modo, é possível tratar o direito à prova como um direito fundamental, capaz de servir como instrumento para a legitimação do exercício do poder jurisdicional e, ao mesmo tempo, ser uma fonte de aperfeiçoamento democrático na busca de decisões melhores, isto é, que possam traduzir com maior perfeição o sentimento social de justiça, que as partes buscam ao se socorrerem ao Poder Judiciário e ao processo, como seu meio de acesso.”²⁹

Como a justiça é formada pela combinação entre norma e fato, sem o direito à prova anula-se a própria justiça.

Portanto, ainda que a Constituição não reconheça expressamente o direito à prova como fundamental, ela o faz implicitamente, pois sem a garantia da prova não há meio legítimo de acesso à ordem jurídica justa.

4.3 A finalidade da prova, a verdade e o standard probatório

Segundo Freddie Didier, existem basicamente três teorias que buscam explicar a finalidade da prova: (i) a que entende que a prova serve para buscar e estabelecer a verdade; (ii) a que defende que a prova serve para fixar os fatos no processo; e (iii) a que sustenta ser a prova o meio para convencer o juiz sobre determinado fato, de modo suficiente a proferir uma decisão.

Para o eminente processualista, a primeira teoria não pode prevalecer, porque a verdade é inatingível e, portanto, não pode constituir a finalidade do processo.

²⁹ CAMBI, op. cit., p. 156.

Sobre a segunda teoria, afirma que “*está intimamente vinculada ao sistema do tarifamento legal das provas*”, admitindo “*que o legislador estabeleça critérios para que se possa reputar, ainda que formalmente, demonstrados os fatos alegados pelas partes no processo*”.³⁰

Assim, seu pensamento vai ao encontro da terceira teoria, de modo a arguir que o objetivo da prova é fornecer as condições necessárias para que o juiz possa proferir uma decisão sob a crença de que determinado fato ocorreu.

Porém, ainda acrescenta:

*“Além de ter por objetivo convencer o juiz acerca das alegações de fato sobre as quais se desenvolve a atividade probatória, a prova também tem por finalidade permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas.”*³¹

No mesmo sentido, Marcelo Bonizzi, para quem “*a finalidade principal da prova é a de influir no convencimento de um juiz (valor probante), dentro de um processo, mediante um determinado procedimento que pode ser iniciado a requerimento das partes ou de ofício*”.³²

De fato, a terceira teoria, que aproxima a finalidade da prova ao convencimento do juiz é aquela mais adequada.³³

Mesmo Taruffo, para quem a verdade possui grande importância no âmbito processual, não percebe esta como a finalidade do processo, mas como um dos três pressupostos para o alcance da justiça da decisão.³⁴

³⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira - 11. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 55.

³¹ Ibid., p. 55-56.

³² BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Fundamentos da prova civil. São Paulo: RT, 2017, p. 15.

³³ Também compartilha do mesmo pensamento Sergio Arenhart: “*Da pequena incursão feita sobre alguns avanços na teoria do conhecimento, pode-se extrair que a função da prova é prestar-se como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal (...) Com efeito, a função da prova é permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante da impugnação desta, por outro sujeito do diálogo. É por esta razão que somente os fatos (rectius as afirmações de fato) controvertidos é que são objeto de prova.*” (ARENHART, op. cit., p. 32-34).

³⁴ “*A justiça da decisão não deriva exclusivamente da correção do procedimento e nessa não se exaure, dependendo, porém, da subsistência de condições específicas. Essas condições podem ser divididas em três: a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que não tenha sido tomada em conformidade ao direito, em homenagem ao princípio da legalidade; c) que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados.*” (TARUFFO, op. cit., p. 142).

Não obstante, se a primeira teoria mencionada por Freddie Didier concede importância exagerada à verdade, a terceira teoria parece menosprezar seu papel e centralizar o processo na figura do juiz.

Vitor de Paula Ramos, analisando este tema à luz do standard probatório, defende que existem basicamente 2 (dois) modelos a respeito de quando um fato se considera provado: (i) o subjetivo; e (ii) o objetivo.

O modelo subjetivo indica a suficiência do convencimento do juiz para que determinado fato se considere provado. Sob esse viés, a única finalidade da prova seria o convencimento do juiz, o qual seria o núcleo da atividade probatória.

Neste modelo, a verdade não tem relevante papel, pois só seria importante aquilo que estivesse dentro do processo, ainda que não guardasse relação com a realidade externa.³⁵

Um primeiro problema de tal visão é que ela já parte de um pressuposto sabidamente errôneo: a infalibilidade do julgador, o qual, como qualquer pessoa humana, é limitado.

Assim, ainda que uma norma se aplique a um fato inexistente, se o julgador estiver convencido de sua ocorrência, então a decisão será justa e legítima.

Um segundo problema é que, sendo o julgador o destinatário da prova, o processo passa a ser obrigatoriamente hierarquizado, o que conduz, em última instância, à violação do direito à prova, pois o juiz poderia, a qualquer momento, indeferir a produção de uma prova, encerrar a instrução probatória ou impedir a autocomposição, sob o argumento de já estar convencido.

Um outro problema é que o convencimento do juiz não necessariamente guarda relação com a veracidade de algum fato, que constitui elemento essencial para o fundamento de uma demanda judicial.

Realmente, o modelo afasta-se da busca da verdade, acabando por realizar uma reconstrução incompleta dos fatos, o que implica a maior probabilidade de prolação de uma decisão dissociada da realidade e, portanto, injusta.

Esse modelo relembra justamente o que Taruffo chamava de “*justiça de procedimento*”, no sentido de que basta a observância das regras processuais para que uma decisão seja considerada justa.

Como exposto, esse ponto de vista parte da premissa de que inexistente verdade absoluta e, sendo assim, jamais se provaria um fato se fosse necessária sua coincidência com a verdade.

³⁵ “É o convencimento do juiz, portanto, e não o mundo lá fora, a realidade, que serve de standard de correção da decisão; não é possível averiguar se o resultado da busca procedida dentro do processo corresponde ou não com aquilo que ocorreu no “mundo real”. A verdade é aquilo que o magistrado decidir que é.” (PAULA RAMOS, Vitor de. Direito Probatório / coordenadores, Freddie Didier Jr. [et al]. – 3. Ed ver., e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 123).

Discorda-se de tal pensamento, pois ainda que a verdade absoluta não possa ser alcançada pelo homem, é preciso aproximar-se o máximo dela, de tal sorte que a decisão tomada seja a mais justa possível.

Daí a importância da perseguição da verdade, conforme anunciada por Daniel Mitidiero: *“a verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocadamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la”*.³⁶

Concomitantemente, uma decisão dissociada da realidade é incapaz de atingir os escopos processuais relacionados à pacificação social.

Nesse ponto, concorda-se com a opinião de Bonizzi:

*“embora a descoberta da verdade não seja exatamente a finalidade do processo, parece correto afirmar que quanto mais próximo dela o juiz chegar, melhor será a decisão judicial, ou, em outras palavras, mais perto da realidade dos fatos essa decisão estará.”*³⁷

Com efeito, o convencimento do juiz não pode se dar mediante premissas equivocadas e realidades falsas, pelo contrário, deve basear-se justamente na certeza, ou maior probabilidade, de que tal alegação encontra correspondência na realidade externa ao processo, ou seja, na verdade.

Veja a lição de Humberto Theodoro Junior:

“É claro que a verdade absoluta jamais será alcançada pelo homem, tampouco estará ao alcance do juiz no processo, em vista das limitações do conhecimento humano. Isto, porém, não deve resultar numa indiferença do processo pela veracidade dos fatos com que as partes sustentam suas alegações perante o juiz. O processo não pode ser reduzido a um mero jogo retórico. As provas têm a missão de proporcionar ao juiz o acesso à verdade possível, ainda que de maneira não plena. Em outras palavras, devem proporcionar “um razoável conhecimento dos fatos”.

*Num processo compromissado com a justa composição do litígio, “a orientação que é digna de ser seguida é aquela segundo a qual um acerto verdadeiro dos fatos pode ser, e aliás deve ser alcançado no processo, como condição de justiça da decisão.”*³⁸

Assim, não se espera que a prova traga a verdade aos autos, mas que o juiz, com base na probabilidade de que tal fato ocorreu no mundo, seja convencido do que foi alegado pela parte.

³⁶ MITIDIERO, 2011, apud DIDIER JR., 2018, p. 105.

³⁷ BONIZZI, op. cit., p. 21.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior. – 60. ed. – [2. Reimpr.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.010.

E é justamente nisso que se funda o modelo objetivo: o convencimento do juiz é, de certa forma, prescindível, pois a comprovação de um fato deve ser analisada conforme os elementos que o corroborem.

“É necessário, assim, que existam elementos de juízo suficientes a favor da hipótese. Um elemento de juízo é qualquer enunciado fático descritivo de que se possam obter direta ou indiretamente inferências para corroboração ou refutação da hipótese principal do caso. Quem determina a suficiência da corroboração, para este modelo, não é o juiz, subjetivamente, mas sim o direito, objetivamente, através dos standards de prova.”³⁹

Portanto, ainda que o juiz esteja convencido sobre a ocorrência de tal fato, caso este não tenha correspondência com o mundo externo, então eventual decisão proferida em contrariedade com a realidade será injusta.

A verdade, neste modelo, tem papel importante: constitui a finalidade da atividade probatória, ainda que “*estar provado*” não signifique “*é verdade*”, já que isso implicaria a fixação de um *standard* probatório inalcançável.

Realmente, a veracidade de cada alegação será avaliada conforme a prova produzida em relação à ela, e quanto maior a quantidade ou qualidade da prova, maior a chance da prolação de uma decisão justa.

Cabe ao julgador, pois, precisar se o *standard* probatório foi alcançado no caso concreto.

Em contraposição ao modelo anterior, o direito à prova é prestigiado: sua admissão é baseada na sua relevância e possibilidade de alteração do julgamento, ainda que o julgador já esteja convencido, naquele momento, sobre determinado fato. Igualmente, concede-se maior diálogo entre as partes durante a instrução probatória, considerando a ausência de hierarquia no processo.

Dentre os dois modelos, é o objetivo aquele que tem maior capacidade de culminar num processo materialmente justo e, portanto, mais se aproxima do modelo brasileiro.

4.4 O modelo probatório adotado pelo sistema jurídico brasileiro

Diante da pluralidade de teorias a respeito da função e finalidade da prova, bem como de suas consequências, cumpre averiguar em que medida a busca da verdade se apresenta como objetivo do sistema probatório brasileiro.

³⁹ PAULA RAMOS, op. cit., p. 126.

Adiante-se: o Código de Processo Civil e a Constituição estão mais próximos do modelo objetivo apresentado, do que daquele subjetivo.

O Diploma Processual concedeu ao juiz o poder de conduzir a instrução do processo. Confira-se:

*“Art. 370. **Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.***

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

“Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

A condução da instrução do processo, como se vê, não se limita à admissão e valoração da prova, mas estende-se à possibilidade de determinação da produção de uma prova *ex officio*.

Sob essa perspectiva, o julgador deixa de ocupar uma posição exclusivamente passiva e passa a interagir com as partes e envidar esforços para que determinadas provas sejam produzidas.⁴⁰

Entende-se que a faculdade inculpada no artigo 370 supratranscrito não tem caráter supletivo à iniciativa das partes, mas representa amplo poder instrutório que pode ser exercido a qualquer momento, desde que necessário ao deslinde da causa.

Para Bonizzi:

“a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição às partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo”. Nesse caso, a preocupação é com a justiça da decisão, ou seja, um juiz indiferente a isso, que não percebe, por exemplo, que uma das partes está se aproveitando da fragilidade da outra por meio da manipulação das provas, é um juiz que se contenta em ser “simples observador” da atividade das partes no processo.”⁴¹

Repare-se que esse entendimento vai ao encontro do Estado ativo e garantista proposto na Constituição brasileira, na medida em que o modelo processual transcende um mero mecanismo de resolução de conflitos e transforma-se num instrumento capaz de pacificar a sociedade.

⁴⁰ “Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da ‘postura instrumentalista que envolve a ciência processual.’” (BEDAQUE, 2001, apud CÂMARA, 2007, p. 3-4).

⁴¹ BONIZZI, op. cit., p. 21.

E a pacificação da sociedade não se dá, por corolário, por meio de decisões falsas, mas verdadeiras, as quais só são possíveis mediante uma instrução probatória que busque atingir a verdade.

Para Alexandre Câmara:

“O modelo processual brasileiro deve estar de acordo com o modelo de Estado que a Constituição da República estabeleceu para o Brasil. E nesse modelo de Estado ativo a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo possa atingir seus fins, entre os quais a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para que tal desiderato seja alcançado, impõe-se o reconhecimento de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz, permitindo-se que este agente estatal cumpra sua missão constitucional: fazer justiça.”⁴²

De fato, lembrando que o processo é um instrumento para o alcance de determinados escopos, que vão muito além da simples decisão judicial que ponha fim ao processo instaurado, é intolerável a ideia de que o juiz deve permanecer inerte durante o processo, o que não se confunde com o conceito de processo acusatório.

Bedaque já alertava sobre o risco de reprodução de injustiças jurídicas em razão da visão de que o julgador deve ter uma postura passiva e inerte, ao aguardo de seu convencimento pelas partes:

“Assim, a pacificação social almejada pela jurisdição corre sério risco se, em razão da disponibilidade do direito, permanecer o juiz absolutamente inerte, aguardando a iniciativa instrutória da parte interessada. Essa influência da natureza da relação jurídica controvertida sobre o modo de ser do processo não é aconselhável, pois pode impedir a correta atuação da norma e, em consequência, a verdadeira pacificação social. Eventuais transigências com a fidelidade ao direito objetivo podem produzir falsa pacificação.”⁴³

Dessa forma, parece que o ordenamento jurídico brasileiro aproxima-se mais do modelo objetivo preconizado por Vitor de Paula Ramos, na medida em que se encontra uma valorização da verdade e de sua busca, bem como uma preocupação com um processo que sirva de instrumento à sociedade e não se reduza ao mero procedimento privatista.

⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. Revista OABRJ, v. 24, n. 1, p. 11-31, 2007, p. 31.

⁴³ TUCCI, op. cit., p. 176.

4.5 Relação entre direito processual e a verdade: a superação da distinção entre verdade formal e verdade material

Se a finalidade para a qual o processo é utilizado depende da correta incidência de uma norma abstrata sobre o fato concreto, então o conhecimento deste é tarefa imprescindível.⁴⁴

A verdade sobre os fatos não é, como já exposto, a finalidade do processo, mas sua busca é necessária como um passo para alcançar a justiça pretendida pela jurisdição.

Reitere-se nas palavras de Sérgio Arenhart:

*“Eis a razão pela qual se tem a verdade material (ou substancial) como escopo básico da atividade jurisdicional. Como dizem TARUFFO e MICHELI, no processo a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado.”*⁴⁵

Em casos específicos, inclusive, o sistema normativo prefere deixar de resolver um litígio, deixando de aplicar a regra do ônus da prova, em razão da insuficiência de provas – *“coisa julgada secundum eventum litis”*, do que proferir uma decisão injusta.

Exceção à parte, para que o ônus da prova como regra de julgamento não encerre qualquer injustiça decorrente de questões processuais, como no caso da parte que, a despeito de merecer tutela jurisdicional, não consegue comprovar seu direito em juízo, tem-se permitido ao juiz a adoção de uma postura ativa no tocante à produção probatória, justamente para que o direito atue de forma concreta.

Esta é a lição de Bedaque:

*“A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas também o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade.”*⁴⁶

É oportuno destacar que a postura ativa do juiz em relação ao processo deve ocorrer de maneira equilibrada, sem substituir as partes, sob pena de quebrar sua imparcialidade e inércia.

⁴⁴ “Toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos, que, em regra, podem multiplicar-se indefinidamente. Toda vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma vontade concreta da lei, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. 1, trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1998, p. 18).

⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Academia Brasileira de Direito Processual Civil–ABDPC, v. 27, 2005, p. 3.

⁴⁶ DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. **Poderes instrutórios do juiz**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 59.

De qualquer forma, prepondera a necessidade da correta reconstrução dos fatos para que haja a subsunção do fato à norma.

Não obstante, conquanto a verdade fosse necessária a qualquer processo, costumava-se fazer uma gradação entre sua importância considerando se tratar do processo civil ou do processo penal.

Sustentava-se que o processo civil contentava-se com a chamada “*verdade formal*”, entendida como aquela presente nos autos e suficiente para a prolação de uma decisão judicial, ainda que não correspondente à realidade externa.

Nas palavras de Arenhart:

*“O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma “ficção” da verdade. Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade — mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame.”*⁴⁷

Assim, a doutrina aceitava que o processo civil satisfazia-se com um grau menor de certeza acerca da correspondência dos fatos alegados no processos e aqueles realmente ocorridos.

Essa visão era pautada no viés de que o processo civil lidava com bens jurídicos menos relevantes em comparação ao processo penal e, por isso, não se exigiria elevado grau de segurança e, em última instância, de probabilidade de justiça.

Por conseguinte, a verdade no processo civil era “*formal*”, pois consubstanciava-se na observância de requisitos legais e procedimentos adequados à obtenção da prova em detrimento de seu conteúdo “*material*” ou “*real*”.

Veja tal distinção representada na obra de Dinamarco:

*“no campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 341 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios”. E prosseguem os autores, lecionando que “no processo penal, porém, o fenômeno é inverso: só excepcionalmente o juiz penal se curva à verdade formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP, art. 386, inc. VI).”*⁴⁸

⁴⁷ ARENHART, op. cit., p. 8.

⁴⁸ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 61.

Como se observa, no processo penal era diferente: por se tratar de direito público, o interesse repressivo se sobrepunha à qualquer formalidade processual baseada na omissão da parte no âmbito da produção da prova.

Nesse cenário, a verdade real, no processo penal, correspondia ao poder-dever inquisitivo do juiz no âmbito da demonstração da existência de um crime e sua autoria. Assim, as provas não se limitavam à iniciativa das partes, mas havia um interesse próprio do juiz e do processo para que houvesse a reconstrução histórica dos fatos acontecidos.⁴⁹

O aludido pensamento, todavia, tem sido superado: não se pode aceitar a crença de que a verdade real deve reinar no processo penal ao passo em que a verdade formal basta ao processo civil, sob o argumento de que aquele lida com bens jurídicos mais relevantes em comparação a este.

Conforme ensina Taruffo:

“Esse modo de argumentar é, entretanto, falacioso. Por um lado, pode-se dizer que, em linhas gerais, não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou no exterior do processo: como já foi dito várias vezes, a verdade dos enunciados sobre os fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. Portanto, a distinção entre verdade processual e verdade real carece de fundamento.”⁵⁰

Com efeito, o processo penal inclui a proteção de diversos bens jurídicos que, proporcionalmente, são menos importantes que outros tratados pelo processo civil. Por exemplo, enquanto o processo penal tipifica condutas relativas ao direito patrimonial (e.g., furto – art. 155 do Código Penal), o processo civil resguarda direitos relacionados à família, ao alimento, à capacidade e a outros metaindividuais.

Nas palavras de Avolio:

“Além das ações de estado (estado das pessoas, como complexo de qualidades que lhe são peculiares), nas quais os direitos substanciais em jogo são de caráter indisponível, o processo civil abrange uma gama crescente de outros direitos e interesses indisponíveis, tais como os do Estado, do consumidor, do meio ambiente, etc.”⁵¹

⁴⁹ “Costuma-se, destarte, associar o conceito de verdade real ao processo penal, em que é mínimo o poder dispositivo das partes em relação às provas. E, em contraposição, a este, moldou-se um conceito de verdade formal, ligado ao processo civil, no qual seria absoluta a disponibilidade do objeto do processo e dos meios de prova.” (AVOLIO, op. cit., p. 46).

⁵⁰ TARUFFO, op. cit., p. 106.

⁵¹ AVOLIO, op. cit., p. 46.

Afinal, defender a dualidade da verdade implica reconhecer que determinados processos não são amparados pela verdade que, como ensina Taruffo, é um dos pressupostos para a consecução da decisão justa e, portanto, dos escopos do processo.

Importante registrar que, conforme ensina Paulo Osternack Amaral:

“Não se pretende, com isso, ignorar a existência de dois ramos do direito processual. É evidente que eles não se confundem, pois possuem características próprias e atendem a normas substanciais diversas. Mas o objetivo aqui é tornar claro que as diretrizes fundamentais – de que é exemplo o direito à prova – deveriam ser aplicadas ao direito processual como um todo, sem o estabelecimento de distinções, que não encontram mais amparo sistemático no ordenamento nacional.”⁵²

Mesmo porque o processo e a atividade jurisdicional não devem variar em função da natureza do direito em litígio, pois a pacificação almejada por meio do processo, que é o seu objetivo social mais importante, depende da concordância entre o resultado do processo e a vontade do direito substancial.

Nesse contexto, superou-se a distinção entre verdade real e verdade formal, pelo que prevalece, atualmente, a verdade obtida juridicamente, isto é, por meio das vias formalizadas, ainda que isso signifique atribuir ao juiz o poder-dever de buscar a verdade, sem impedir o exercício do contraditório e os critérios de admissibilidade.

As vias formalizadas, todavia, pressupõem a limitação do direito à prova e, por conseguinte, da busca da verdade no processo.

Alcança-se sua maior expressão na vedação das provas ilícitas, uma vez que, mesmo que estas tragam consigo um conteúdo verdadeiro e que possa alterar um resultado judicial, sua nulidade é uma regra prevista constitucionalmente.

5 A PROVA ILÍCITA

Segundo o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, são inadmissíveis, no processo, as provas ilícitas:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

⁵² AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015, p. 111.

Isso significa dizer que a Constituição Brasileira veda, expressamente, alguns tipos de prova, independentemente da carga valorativa que ela pode prestar.

Tal vedação importa duas categorias de prova: as provas ilegítimas e as provas ilícitas.

Prova ilegítima é toda aquela colhida mediante a violação de uma norma de direito processual.

É o caso, por exemplo, de uma prova colhida sem o respeito ao sigilo profissional:

“(Código de Processo Penal) - Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”

No caso da proibição da prova ilegítima, a sanção decorrente de sua violação encontra-se no próprio direito processual, sendo, na maioria dos casos, a nulidade da prova.

Por outro lado, a prova ilícita é aquela colhida com a infração de uma norma ou princípio ligado ao direito material, sobretudo aqueles constitucionais relacionados à intimidade, liberdade e dignidade humana.⁵³

Nesse caso, é o próprio direito material que prevê a sanção correspondente à violação do direito pretensamente protegido pela proibição da prova ilícita.

Uma parte que colhe uma prova por intermédio de um furto, por exemplo, responderá pelo crime tipificado no art. 155 do Código Penal.⁵⁴

Confira-se a aludida diferenciação nas palavras de William Santos Ferreira:

“Provas ilícitas seriam aquelas em que há uma transgressão de norma de direito material, enquanto nas ilegítimas há violação de normas de direito processual. Na primeira o ato é extraprocessual e importa em violação de regras como do direito à intimidade, liberdade, previstos na Constituição ou em leis infraconstitucionais (materiais), por isto se denominando de prova obtida por meio ilícito; na segunda a ocorrência se dá dentro do processo (endoprocessual).”⁵⁵

⁵³ Nas palavras de Sérgio Shimura: *“A vedação ao uso de provas ilegais (lato sensu) serve de baliza à atividade estatal, máxime em respeito a outros princípios e garantias constitucionais como o direito à intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, além da garantia do sigilo de correspondência, de comunicações e liberdades individuais”*. (SHIMURA, Sérgio. Princípio da proibição da prova ilícita. Princípios processuais civis na constituição. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). São Paulo: Ed. Campos Jurídico, 2008, p. 263-264).

⁵⁴ *“Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”*

⁵⁵ FERREIRA, op. cit., p. 96.

Nesse sentido, a Constituição passou uma mensagem direta: os fins não justificam os meios, e a justiça deve ser alcançada mediante a observação dos procedimentos corretos e sem violar direitos de terceiros.⁵⁶

É preciso frisar que a simples restrição a um direito individual, provocada mediante a colheita de uma prova, não é suficiente para reputá-la ilícita.

Com efeito, vários meios de prova, em alguma medida, como veremos, mitigam algum direito individual.

Mas o que realmente configura uma prova ilícita é quando ela é colhida com violação a algum direito e sem autorização normativa para tanto, ou mesmo quando extrapola os limites fixados para isso.

Como destaca Bonizzi:

*“O direito à prova encontra limites, portanto, nas garantias constitucionais da preservação da intimidade e da dignidade humana, do sigilo das comunicações e dos dados em geral, **que só podem sofrer restrições mediante prévia determinação judicial.**”⁵⁷*

Uma outra distinção entre prova ilícita e prova ilegítima diz respeito ao momento da transgressão. Confira-se a lição de Luiz Avolio:

“Enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a esse.”⁵⁸

Claro, em se tratando de prova que diz respeito ao direito material, sua produção ocorre fora dos limites do direito processual.

Além disso, tratando-se de prova ilícita, espera-se que esta seja inserida no processo de forma arbitrária pela parte e não que sua produção seja deferida pelo magistrado responsável pelo processo.

⁵⁶ “Essa vedação tem um sentido de proteção às liberdades públicas e aos direitos garantidos constitucionalmente, como forma de evitar violações dos direitos do indivíduo e frear abusos cometidos tanto por particulares como por agentes do próprio Estado, pois a permissão do uso de provas ilícitas é um convite à transgressão de outros direitos na instrução processual, seja cível ou penal, além de viabilizar a instauração de um Estado policalesco que se distancie do respeito aos direitos de seus cidadãos, especialmente os de matiz constitucional.” (DIDIER JR., op. cit., p. 166).

⁵⁷ BONIZZI, op. cit., p. 13-14.

⁵⁸ AVOLIO, op. cit., p. 50.

Conquanto haja expressa previsão legal de inadmissibilidade das provas ilícitas, há diferentes correntes de pensamento que debatem sua admissibilidade no processo.

Com efeito, sendo o direito à prova um direito fundamental e necessário para a promoção da justiça e o alcance dos escopos processuais, faria sentido limitá-lo em toda e qualquer situação?

5.1 Admissibilidade das provas ilícitas

Para essa corrente de pensamento, prevalece a investigação da verdade real em detrimento das liberdades individuais, motivo pelo qual as provas ilícitas deveriam sempre ser aproveitadas no processo.

Avolio cita inúmeros doutrinadores que compartilhavam essa visão:

“Schonke sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, como, por exemplo, a busca ilegal; Guasp reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo da aplicação das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. Na doutrina norte-americana, Fleming condenava a supressão da prova ilicitamente obtida, que não poderia ser afastada à custa de castigo à polícia pelo seu mau comportamento; Wigmore entendia que a regra de exclusão levava a considerar o oficial da lei demasiado zeloso um perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo; e para o juiz Cardozo, a prova obtida ilicitamente deveria ser válida e eficaz, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis – policiais ou particulares – por sua obtenção.

(...)

Cordero baseava-se numa hipotética relação entre a inadmissibilidade da prova e a ilegalidade dos meios utilizados para a sua obtenção, que deveria existir no ordenamento jurídico, a servir de ponte para a exclusão do processo das provas ilicitamente obtidas...Carnelutti sustentava a inadequação do conceito de ilicitude, pois a irregularidade do ato, entendida como deficiência de alguns de seus requisitos, é que determinaria sua eficácia jurídica.”⁵⁹

Sob outro ponto de vista, essa corrente entende que a ilicitude da conduta por meio da qual se obteve a prova ilícita é desvinculada de seu conteúdo, fazendo com que este seja preservado no âmbito processual.

Caberia ao juiz, destarte, apenas julgar o caso com base no conjunto probatório coligido aos autos, sem investigar o modo pelo qual houve sua inserção no processo, pois isso estaria fora de sua competência.

Cite-se, por fim, a opinião segundo a qual o afastamento das provas ilícitas implicaria dizer que o interesse público é superado pelo interesse individual:

⁵⁹ Ibid., p. 51-52.

“Segundo Cuellar, a solução de afastar a prova obtida clandestinamente implicaria em reconhecer o predomínio de direitos individuais sobre o interesse público consistente na efetividade do processo.”⁶⁰

Verifica-se, assim, que os elementos aptos a garantir uma decisão justa no processo sobrepor-se-iam à vedação do uso da prova ilícita, de modo que as provas úteis e significativas deveriam ser aproveitadas no processo, sem que isso impedisse a proteção do direito material consubstanciado na sanção prevista àquele que o violou.

5.2 Inadmissibilidade das provas ilícitas

A corrente pela inadmissibilidade das provas ilícitas é mais recente: constituiu uma superação das ideias anteriores que supervalorizavam a busca da verdade real.

Além disso, essa corrente é resultado das transformações constitucionais ao redor do mundo que conferiu maior importância às liberdades individuais.

No Brasil, por exemplo, não se olvide que a Constituição Brasileira de 1988 foi promulgada após longo período de Ditadura Militar, em razão do qual criou-se aversão à qualquer ideia que pudesse conferir maior poder ao Estado representado no juiz inquisitivo ou que aceitasse a violação da liberdade individual em prol de outra garantia.⁶¹

Sem dúvida que houve, justificadamente, uma supervalorização da liberdade individual em relação a outros valores e direitos.

Nesse sentido, não se poderia prestigiar um comportamento antijurídico ou que beneficie a própria torpeza (*"nemo auditur turpitudinem allegans"*) em detrimento de outro.

Mas essa mudança paradigmática é notável também em outros países e advém de pensadores que dedicaram seus estudos ao direito probatório.

Avolio revela que, na Itália, Vescovi, Allorio e Nuvolone defendiam que a questão da prova ilícita envolvia dois interesses públicos distintos: o da busca da verdade, como meio de

⁶⁰ SOUZA REGO apud TUCCI, 1999, p. 185.

⁶¹ Barbosa Moreira chega a comentar que *“nos trabalhos da Assembleia Constituinte exerceu grandes influências um grupo de juristas, que prestou excelentes serviços de assessoria aos congressistas. (...) Predominava nesse grupo a corrente hostil à admissibilidade das provas obtidas mediante comportamento ilegal. Não surpreende que a Constituição haja adotado a tese proibitiva, em termos literalmente categóricos. (...) Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominara o país, e sob o qual eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais (...).”* (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista Forense, v. 337, 1997, p. 147).

justiça, e o do respeito aos direitos individuais fundamentais, no sentido de que a vedação à prova ilícita não se limitaria a mero respeito a um interesse privado.

Na Espanha, há as posições de Manresa & Navarro, Silva Melero, Serra Domingues e Lopez, os quais defendiam a inadmissibilidade das provas ilícitas com base na ideia de que atos ilícitos não podem ser aproveitados pelo seu autor, bem como de que as partes devem ser tratadas igualmente.

Nos ordenamentos jurídicos de ambos os países, bem como de Alemanha, Estados Unidos, França e Portugal, o aproveitamento da prova ilícita é vedado, sob o enfoque da liberdade individual.

Ou seja, internacionalmente falando, há uma preponderância da tese de que a prova ilícita é inadmissível.

Paulo Amaral, comentando sobre essa corrente de pensamento, ainda anuncia que:

“a corrente obstativa é integrada por autores que se mostram refratários à aplicação do princípio da proporcionalidade para se admitir no processo provas ilícitas, sob o fundamento de que nem sempre consistiria em um critério seguro diante da falta de hierarquia de direitos fundamentais.”⁶²

A bem da verdade, não se defende a tarifação da prova, mas tão somente a legalidade do meio de prova.

5.3 As provas ilícitas e a teoria da proporcionalidade: uma saída?

Longe de querer classificar a vedação da prova ilícita como regra ou princípio, é certo dizer que tal norma tem como plano de fundo a proteção de uma série de direitos fundamentais relacionados aos princípios da intimidade, liberdade e dignidade humana.

Por outro lado, como visto, o direito à prova é um direito fundamental relacionado aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do acesso justo à ordem jurídica.

Ocorre que, em certas hipóteses, ambos os valores podem ser conflitantes: para fazer valer um direito, seria necessária a valoração de uma prova que só poderia ser obtida ilicitamente. Ou, em outro caso, a valoração de uma prova ilícita inserida no processo reverteria uma possível decisão de mérito.

Nesses casos, qual princípio deveria prevalecer?

⁶² AMARAL, op. cit., p. 206.

Segundo Robert Alexy, um dos princípios deverá prevalecer em detrimento do outro, sem que isso signifique sua declaração de invalidade, mas tão somente de superioridade naquele caso concreto. Confira-se:

*“Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quiser dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.”*⁶³

A verificação de qual princípio deve prevalecer no caso concreto é feita através da regra da proporcionalidade, analisada por meio de três subregras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Num primeiro momento, na análise da adequação, verifica-se se aquele meio é passível de fomentar o resultado pretendido. De maneira negativa, se um meio em nada contribui para alcançar o resultado pretendido, então se afigura inadequado e não pode ser realizado.

Se o meio for adequado, analisa-se sua necessidade: *“um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”*.⁶⁴

Sendo o meio adequado e necessário, chega-se ao último estágio de análise: a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse processo, averigua-se se o direito protegido é importante a ponto de violar, em certa intensidade, outro igualmente importante (abstratamente):

*“Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”*⁶⁵

Em suma, o conflito entre dois princípios é resolvido à luz do exame da regra da proporcionalidade, consistida na análise das subregras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

⁶³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798, 2002, p. 38.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 40.

E é justamente da regra da proporcionalidade que surge uma terceira corrente acerca da admissibilidade da prova ilícita: aquela que a permite a depender dos interesses postos em jogos:

“A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.”⁶⁶

Imaginemos uma hipótese em que o acusador colhe, ilicitamente, provas que teriam o condão de inocentar o réu, mas o faz com a intenção de que, pelo princípio de inadmissibilidade das provas ilícitas, estas sejam excluídas do processo.

Basta o bom senso para que se entenda pela adequação do aproveitamento dessas provas, ainda que oriundas de um ato ilícito.

Isso porque, *in casu*, a exclusão das aludidas provas criaria uma dupla injustiça: (i) beneficiaria aquele que cometeu um ato ilícito para sua colheita; e (ii) impossibilitaria o réu de provar sua inocência.

Note-se que seria possível, assim, a mitigação do princípio de inadmissibilidade das provas ilícitas em favor do direito à prova de inocência.

Em regra, a aplicação da teoria da proporcionalidade no âmbito das provas ilícitas, de modo a permitir sua admissibilidade, é praticamente unânime no direito penal em favor do réu.

É que o direito à intimidade ou privacidade sucumbe ao direito à prova utilizado para inocentar um acusado.⁶⁷

Todavia, a regra de proporcionalidade não é isenta de críticas.

Independente de qual campo seja ela aplicada, traz-se um subjetivismo imanente que afasta a segurança jurídica esperada pelo ordenamento jurídico.

Conforme se verá oportunamente, nas análises jurisprudenciais, cada juiz analisa os valores em confronto conforme melhor lhe aprouve, sem que haja um direcionamento objetivo acerca de qual direito deve se sobrepor ao outro.

⁶⁶ AVOLIO, op. cit., p. 67.

⁶⁷ “No processo penal, aplica-se a proporcionalidade para se admitir a chamada prova ilícita pro reo, sob o fundamento de que prevalece o direito fundamental à liberdade e dignidade da pessoa humana sobre uma proibição de prova. Ademais, não interessa ao Estado punir um inocente, o que equivaleria a admitir a impunidade do verdadeiro culpado” (GRINOVER, 1990, apud AMARAL, 2015, p. 207).

E não à toa: a dificuldade de individualização dos valores em jogo é demasiada, à medida que o aproveitamento da prova ilícita se insere num contexto limítrofe de disputa entre direitos fundamentais de qualquer pessoa.

A aplicação da teoria da proporcionalidade é assim criticada por Avolio:

*“A teoria encerra um subjetivismo insito, que já deflui da impossibilidade de enunciação de seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato. Sua aplicação jurisprudencial, como demonstram as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas. Por isso, como afirma Trocker, não é de causar estranheza o ceticismo daqueles que veem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias.”*⁶⁸

Independentemente, o pensamento daqueles que defendem a aplicação da teoria da proporcionalidade no âmbito das provas ilícitas pode assim ser sintetizado:

*“A aplicação excepcional do princípio da proporcionalidade para o fim de avaliar a admissibilidade da prova ilícita no processo permite abrandar o caráter rígido ostentado pela vedação constitucional contida no art. 5º, LVI e sopesá-la com as demais garantias fundamentais concretamente envolvidas. Disso decorre que se não estiver em jogo outra garantia fundamental, não há que se falar em aplicação do princípio da proporcionalidade e o juiz deverá prestigiar a vedação constitucional de provas ilícitas no processo.”*⁶⁹

Ou seja, acredita-se que o melhor posicionamento neste tema seria aquele que pondera a utilização da prova ilícita a depender dos valores fundamentais envolvidos.

5.4 (In)admissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro

Até a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, a corrente pela admissibilidade das provas ilícitas era a que predominava na doutrina e jurisprudência.

⁶⁸ AVOLIO, op. cit., p. 72.

Em contraposição, a observação de Barbosa Moreira: “às vezes se imputa a semelhante doutrina o risco de dar margem excessiva influência de fatores subjetivos e, por conseguinte, à emergência do arbítrio judicial. Mas cumpre não perder vista quão frequentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como de “bons costumes”, o de “mulher honesta” ou o de “interesse público”. A subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso” (BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 146).

⁶⁹ AMARAL, op. cit., p. 209.

Apenas a título exemplificativo, citem-se as opiniões dos Ministros Cordeiro Guerra e Raphael de Barros Monteiro, respectivamente⁷⁰:

“Não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado.”

“Os Tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante.”

Paulo Amaral, discorrendo sobre o tema, corrobora tal conjuntura:

“Inicialmente, a obtenção da prova por meio ilícito implicava apenas a punição do infrator. A prova permanecia incólume e era regularmente admitida no processo. Dissociava-se, portanto, a conduta ilícita do infrator (punível) e o seu produto (prova admissível).”⁷¹

Contudo, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe consigo a expressa vedação à utilização das provas ilícitas.⁷²

Nesse cenário, a doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido de considerar inadmissíveis as provas colhidas ilicitamente.⁷³

Diante da expressa vedação constitucional à prova ilícita, constitui-se regra seu não aproveitamento, de modo a consagrar-se os direitos fundamentais à intimidade, imagem, domicílio e correspondência, em detrimento do direito à prova, ainda que este também seja fundamental.

Percebe-se, portanto, que a Constituição fez uma clara escolha: decidiu privilegiar as liberdades públicas e individuais em relação ao direito à prova.

Ocorre que, em determinadas hipóteses, viu-se que a inadmissibilidade da prova ilícita provocava a violação de um direito mais importante do que aquele que se procurava proteger.

⁷⁰ RF 285, p. 5 e ss; e RT 194, p. 157 e ss. No mesmo sentido, as opiniões de Yussef Cahali, Washington de Barros Monteiro e José Rubens Machado, conforme referências de LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Os meios moralmente legítimos de prova, RT 621/279.

⁷¹ AMARAL, op. cit., p. 192.

⁷² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

⁷³ “A determinação constitucional contém indisfarçável conteúdo processual, aplicando-se a qualquer espécie de processo. A despeito de se referir a uma prova materialmente ilícita, a Constituição menciona especificamente a fase de admissibilidade processual da prova, impedindo o seu ingresso no processo caso tenha sido obtida com violação à lei. Assim, a inadmissibilidade processual é consequência constitucional para a ilicitude material.” (AMARAL, op. cit., p. 191).

Assim, alguns autores conciliaram a inadmissibilidade da prova ilícita com o princípio da proporcionalidade, para que, em alguns casos, mitigue-se a referida vedação e admita-se o aproveitamento da prova, ainda que ilícita.

Essa tendência, como visto, foi observada principalmente no direito penal, em que a liberdade de um inocente se sobreponha ao direito protegido pela vedação à prova ilícita.

Não à toa que doutrinadores ligados ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, editaram a seguinte súmula: *“Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”* (Súmula 50).

Registre que tal posição foi corroborada pela Ada Pellegrini Grinover, para quem a corrente que admitia as provas ilícitas era inaceitável:

“Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido; afastada, como o fizemos, a simples visão unitária que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual entre uma posição que se baseia na unidade do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional.”⁷⁴

Lição valiosa é a de José Roberto dos Santos Bedaque, pela qual evidencia-se o perigo de se reputar totalmente inadmissíveis as provas ilícitas:

“De qualquer modo, afastar por completo a possibilidade de o juiz determinar a produção de uma prova ilícita significa aceitar um provimento jurisdicional que pode não corresponder à realidade substancial.

A repulsa genérica de tal prova não contribui para o restabelecimento do ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve. E, se a solução encontrada pelo juiz, em virtude dessa desconsideração, não corresponder àquilo que realmente ocorreu no mundo dos fatos, teremos duas violações da ordem legal: aquela praticada pela parte, que se utilizou de um meio ilegal para conseguir demonstrar esse fato; e a outra, cometida pela parte contrária, cujo comportamento, também ilegal, restará aprovado pelo órgão jurisdicional.”⁷⁵

De fato, conquanto haja vedação constitucional à utilização das provas ilícitas, seu cumprimento irrestrito poderá conduzir, a depender do caso concreto, à violação de direitos mais importantes em comparação àquele que se quer proteger.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 199.

⁷⁵ TUCCI, op. cit., 186.

Daí a conclusão do eminente processualista: *“Mas o juiz, ponderando a respeito dos valores envolvidos no processo e verificando ser a aceitação da prova ilícita o único meio para formação de seu convencimento, poderá mantê-la nos autos ou determinar sua produção”*.

Ante o exposto, chega-se à conclusão parcial de que as provas ilícitas são expressamente vedadas pela Constituição brasileira, mas que, em razão de ocasionar manifestas injustiças em alguns casos, grande parte da doutrina e da jurisprudência tem admitido a relativização dessa regra, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em todo caso, considerando que a relativização da aludida regra é exceção, cabe averiguar os efeitos processuais decorrentes da introdução de uma prova ilícita no processo.

Como se sabe, existem os seguintes momentos processuais da prova: (i) requerimento; (ii) admissão; (iii) produção; e (iv) valoração.

Em se tratando de provas constituídas, haverá prévio requerimento de sua produção, bem como decisão acerca de sua admissibilidade ou não.

No entanto, quais os efeitos da admissão de uma prova ilícita? Ou, se for o caso de prova pré-constituída, como o magistrado a tratará após o conhecimento de seu conteúdo?

Com efeito, embora a constituição repete inadmissíveis as provas obtidas ilicitamente, não há qualquer sanção processual expressamente prevista para o caso de descumprimento desta norma.

Isso não significa que uma vez desrespeitada a norma insculpida no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, poder-se-á aproveitar a prova ilícita produzida ou colacionada no âmbito do processo.

É que o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas interligadas entre si e orientadas pelos princípios gerais do ordenamento.

Assim, a sanção processual correspondente à admissão da prova ilícita deverá advir do próprio ordenamento, a partir de sua análise integrativa.

E, em tese, existem 3 (três) possíveis sanções processuais: (i) inexistência; (ii) nulidade; e (iii) ineficácia.

Registre-se que, por se tratar de norma constitucional, afasta-se a hipótese de nulidade relativa, visto que o interesse privado é superado pelo interesse público. Seria, no mínimo, nulidade absoluta.

A melhor análise revela, de qualquer forma, ser o caso de inexistência do ato processual.

Realmente, o texto constitucional mostra que as provas ilícitas não são tomadas como provas e que sequer poderiam ser admitidas no processo. Assim, eventual admissão é inexistente e ineficaz, devendo ser desentranhada do processo.

Na prática, vislumbram-se duas hipóteses práticas de aplicabilidade das sanções processuais: (i) quando a ilicitude da prova é percebida logo no juízo de admissibilidade; e (ii) quando a sentença é proferida tendo por base uma prova ilícita, que assim só seria reconhecida em grau recursal.

No primeiro caso, a prova será desentranhada dos autos e a sentença deverá ser proferida como se aquela nunca tivesse existido.

No segundo caso, o tribunal, reconhecendo a ilicitude da prova, também deverá desentranhá-la do processo, em consequência do que deverá reapreciar a causa com base no conjunto probatório remanescente.

Observa-se que, em ambos os casos, o resultado do reconhecimento da prova ilícita é seu desentranhamento do processo, o que vai ao encontro do ponto de vista de que a sanção processual correspondente à sua utilização é a inexistência, e não a nulidade ou ineficácia.

Tanto é que, diferentemente do texto constitucional, o Código de Processo Penal prevê expressamente esta sanção processual:

*“Art. 157. São inadmissíveis, **devendo ser desentranhadas do processo**, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”*

Nota-se, no entanto, que essa solução engendra um problema de contaminação psicológica do juiz que sentenciará o feito, apto a comprometer sua imparcialidade e, por consequência, o resultado do processo.

De fato, numa hipótese em que a prova ilícita fosse determinante ao deslinde do processo, isto é, a única existente nos autos ou a suficiente para alterar o resultado da demanda, como não dizer que o juiz ficou contaminado por seu conteúdo?

Afinal, seria ele capaz de “ignorar” o que foi revelado e julgar o caso como se a prova jamais tivesse existido, ainda que isso signifique conceder uma tutela jurisdicional incondizente com a realidade externa ao processo?

É que, segundo Elias Marques de Medeiros Neto, “na medida em que o juiz, apesar de reconhecer a ilicitude da prova, chega a conhecer os fatos objeto de tal prova vedada, parece-nos evidente que o julgado poderá ter sua parcialidade afetada em virtude de tal contato”.⁷⁶

Ambas as partes podem arguir a quebra da imparcialidade do juiz.

⁷⁶ MEDEIROS NETO, 2010, apud DIDIER JR., 2018, p. 190.

A parte que seria prejudicada pela existência da prova ilícita poderia argumentar, por óbvio, que o juiz, apesar de determinar seu desentranhamento, contaminou-se pelo seu conteúdo e, por isso, não poderia julgar a demanda. Esse argumento é evidente.

Mas a parte que seria beneficiada pela existência da prova ilícita também poderia tecer argumento semelhante: é que o juiz, tendo ciência da prova ilícita e da impossibilidade de seu aproveitamento, poderia sofrer uma pressão para que julgasse de forma contrária a quem aproveitaria tal prova, com temor de que, fazendo o oposto, fosse acusado de parcialidade ou de conduta ilegal, mormente em se tratando de casos com grande repercussão midiática, geralmente envolvendo políticos ou crimes de alta desagregação social.

Não à toa que a Lei 11.690/2008 pretendia incluir o seguinte §4º ao artigo 157 do Código de Processo Penal: *“o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”*.

Entretanto, a disposição foi vetada por ir de encontro à celeridade e eficiência processual, tendo em vista que a substituição do magistrado que conheceu da prova ilícita iria provocar o reinício do processo.⁷⁷

Tal vedação é totalmente criticável, já que permite que o processo seja, no mínimo, influenciado pelo conteúdo da prova ilícita, o que é totalmente inadmissível pela Constituição, mormente quando sequer houve o contraditório daquela prova.

Nesse cenário, não há justificativa para que o mesmo magistrado que conheceu daquela prova também julgue o processo influenciado por ela.

A bem da verdade, à luz da instrumentalidade do processo, é preferível uma sentença justa, ainda que demorada, a uma injusta, ainda que rápida.

Outro não é o entendimento da doutrina. Confira-se a opinião de Avolio:

*“Perdeu-se, sem dúvida, em nome da suposta defesa do interesse público, boa oportunidade de se por cobro aos abusos na produção de provas ilícitas (...) que influíram e ora vão continuar a influir decisivamente na decisão dos julgadores, ainda que fulminadas por flagrante ilicitude, inconstitucionalidade ou inexistência jurídica enquanto prova.”*⁷⁸

⁷⁷ De acordo com o veto presidencial: *“O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deve ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada”*.

⁷⁸ AVOLIO, op. cit., p. 99.

No mesmo sentido, Paulo Osternack Amaral:

“Evidentemente que os motivos do veto não foram os mais adequados. Pautaram-se em aspectos práticos (como celeridade e dificuldade de redistribuição), ignorando o espírito da regra contida no §4º: afastar o julgador que teve contato com a prova ilícita, pois isso implicou a sua contaminação psicológica.

Os motivos de veto desconsideraram a necessidade de preservar a qualidade e imparcialidade da prestação jurisdicional.

(...)

O veto ao §4º do art. 157 do CPP foi um erro. O desentranhamento da prova ilícita e a eventual anulação da decisão que nela se amparou são insuficientes. Seria mais adequado ter mantido a regra que também determinava a substituição do juiz que conheceu do conteúdo da prova declarada inadmissível, cuja orientação, diante da generalidade e similitude de situações, seria aplicável também ao processo civil.”⁷⁹

Realmente, embora a vedação à prova ilícita tenha representado um avanço normativo, não houve a criação de instrumentos acessórios que pudessem conferir efetividade à proteção das liberdades públicas pretendida.

6 PROBLEMAS ORIUNDOS DOS TRATAMENTOS DADOS À PROVA ILÍCITA

6.1 A interceptação telefônica e a reprodução dos velhos dogmas processuais

A interceptação telefônica, em sentido amplo, é qualquer ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las, quer para delas tomar conhecimento.

Em sentido estrito, define-se interceptação telefônica como a captação da conversa de dois interlocutores por um terceiro, sem o conhecimento daqueles.

A captação, por meio da gravação, constitui meio de prova, enquanto o seu resultado – a conversa propriamente dita – é fonte de prova.

Ocorre que, diferentemente do que se poderia pensar, com base no que já foi exposto neste trabalho, é lícita a utilização da interceptação telefônica como meio de prova, desde que respeitados certos requisitos previstos no ordenamento jurídico.

Anteriormente à Constituição vigente, o sigilo das comunicações e correspondências era quase absoluto.

Confira-se, por exemplo, o artigo 153, §9º, da Emenda 1, de 17/10/1969: *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”*.

⁷⁹ AMARAL, op. cit., p. 197-198.

Como se observa, não havia exceção à regra, o sigilo era simplesmente inviolável.

Aos poucos, passou-se a questionar, de forma incipiente e implícita, o caráter absoluto dessas garantias fundamentais, com base em normas infraconstitucionais.

Veja-se alguns exemplos:

“(a) Na Lei de Falências, a atribuição do síndico de receber a correspondência do falido, abrindo-a e entregando-a se não se referir a assunto de massa (art. 63, II, do Dec. Lei 7.661/1945); (b) no Código Comercial, a permissão para exibição judicial dos livros de escrituração comercial (arts. 18 e 19); (c) no Código de Processo civil, a possibilidade de exibição de documento que se ache em poder da parte ou de terceiro (arts. 355 usque 363); (d) no Código de Processo Penal, a exibição em juízo de “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (art. 232); e a apreensão de “cartas abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato” (art. 240, §1º); o poder do juiz, independentemente de requerimento das partes, de providenciar a juntada de documento relativo a ponto relevante da acusação e da defesa (art. 234); (e) no Código de Processo Penal Militar, hipóteses semelhantes às do estatuto processual penal, nos arts. 172, f (busca domiciliar), 185, §1º (providencia ex officio); (f) na Lei 4.117/1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, encontrava-se a ressalva, em seu art. 57, de não constituir violação de telecomunicação (caput) o conhecimento dado (inc. ii) ao juiz competente mediante requisição ou intimação deste (alínea e); o seu art. 56, §2º, restringia a possibilidade de interceptação autorizada aos serviços fiscais das estações e postos oficiais.”⁸⁰

Na jurisprudência, igualmente se apercebia posições que não reconheciam como absoluto o sigilo das comunicações.⁸¹

Mesmo Ada Pellegrini, com opinião contrária à admissão das provas ilícitas, manifestou que:

“a garantia constitucional pode sofrer limitações, não devendo prestar-se para a proteção de atividades ilícitas ou criminosas. É assim que, através de uma ponderada apreciação judiciária, que obedeça aos limites legais, pode ser determinada a interceptação das comunicações telefônicas.”⁸²

Assim que, com a promulgação da Constituição de 1988, editou-se a norma que hoje conhecemos:

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

⁸⁰ AVOLIO, op. cit., p. 139-140.

⁸¹ TJRJ, AgIn 7.111, 5ª Câmara, 07/11/1983 e II TACrimSP, AgIn 209.028-2, 20/05/1987.

⁸² GRINOVER, 1987, apud JESUS, p. 503.

Não obstante a previsão normativa de possibilidade de interceptação telefônica, verifica-se que sua realização se dá em casos limitados.

Com efeito, a Constituição, por si só, prevê 3 (três) requisitos para autorizar a interceptação telefônica: (i) por ordem judicial; (ii) na forma e hipótese que a lei estabelecer; e (iii) para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

A Lei regulamentadora em questão é a Lei n. 9.296/1996.

Em seu art. 1º, reitera-se o quanto previsto no inciso supratranscrito, sem muitas novidades:

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.”

A ideia de “ordem do juiz competente” remete ao conceito daquele que é revestido de jurisdição segundo as normas de organização judiciária.

Nesse sentido, só poderá autorizar a interceptação telefônica o juiz que for competente para julgar a ação que terá por objeto os fatos conhecidos ou investigados pelo aludido meio de prova.

Já as hipóteses cabíveis de interceptação telefônica são definidas de forma negativa, de acordo com o art. 2º da mesma lei:

*“Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”*

Com efeito, essa forma de abordar as possíveis hipóteses de utilização da interceptação telefônica não parece a mais adequada.

É que a interceptação telefônica é um meio excepcional de prova e, por conseguinte, não coaduna com a fixação de hipóteses ampliativas e indeterminadas.

De qualquer forma, os requisitos dizem respeito à existência de *fumus boni iuris* (indícios razoáveis da autoria ou participação) e *periculum in mora* (a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis).

O terceiro requisito é mais objetivo e limitativo: a interceptação telefônica não é admitida quando o fato investigado é punido com pena máxima de detenção. Isto é, apenas crimes punidos com reclusão admitem a utilização de interceptação telefônica.

Daí surge tópico importante ao presente trabalho: a interceptação telefônica restringe-se à apuração de crimes punidos com a reclusão, o que, evidentemente, impede sua utilização para instrução processual cível.

Avolio relata que, no início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, a eminente processualista Ada Pellegrini Grinover, com auxílio de outros doutrinadores, propôs a seguinte redação ao que hoje, de forma alterada, é o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal: “*É inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações e dos arquivos particulares, salvo por ordem judicial, nos casos e na forma que a lei estabelecer, **para fins de instrução processual**.*” (g.n.).

Verifica-se que, diferentemente do que é atualmente, a redação original não especificava ou reduzia a quebra do sigilo das comunicações à instrução processual penal. Depreende-se, portanto, que a ideia inicialmente concebida contemplava a extensão da interceptação telefônica ao processo civil.

Isso corrobora a fala de Barbosa Moreira, que foi mencionada e ainda será explorada, que o período da ditadura militar exerceu grande influência na elaboração da Constituinte, de modo que se evitou a todo custo qualquer ameaça “*injustificada*” às liberdades públicas, mas acabou por incorrer no excesso oposto.⁸³

De qualquer modo, para fins deste trabalho, a regulamentação da interceptação telefônica permite duas conclusões imediatas no âmbito das provas ilícitas: (i) a positivação do princípio da proporcionalidade abstratamente aplicado; e (ii) a reprodução da velha distinção entre verdade material e verdade formal.

Com efeito, a prova ilícita é aquela colhida mediante violação de um direito material. Diz-se, no entanto, que a violação do direito deve ocorrer através da infração de uma norma prevista no ordenamento, e não por simplesmente atingir a expressão de um direito.

Isto é, uma prova colhida através de quebra de sigilo bancário, desde que respeitados os limites normativos para tanto, é lícita, ainda que não exista dúvida de que o direito à intimidade ou privacidade foi atingido em alguma medida.

Retorna-se ao dogma de que nenhum direito ou princípio é fundamental, podendo ser relativizado a partir do princípio da proporcionalidade.

⁸³ Cf. notas 61 e 91.

Ocorre que a interceptação telefônica nada mais é, assim como outras normas que regulam o direito probatório, o princípio da proporcionalidade aplicado às provas ilícitas.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XII, nada mais faz do que dizer que o sigilo das comunicações é violável em determinadas hipóteses.

A bem da verdade, é dizer que se admite a mitigação de algum direito fundamental quando algum bem jurídico socialmente relevante demandar uma proteção que só assim pode ser alcançada.

Dessa forma, o legislador opta por criar meios de proteção à determinado direito, ainda que abstrato, mesmo sabendo que haverá a restrição da expressão de outros direitos, justamente com base na proporcionalidade.

É claro, por estarmos em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível que uma conduta legalmente prevista que mitigue a expressão de um outro direito seja, da mesma forma, previamente limitada.

No entanto, é inegável que, conquanto expressamente prevista pelo ordenamento, a conduta ainda interfere na expressão de outros direitos.

É o caso da interceptação telefônica: a lei prevê as hipóteses de sua utilização e os instrumentos de limitação, o que a torna uma prova legal, ainda que não se negue seus efeitos restritivos a outros direitos fundamentais.

É por isso que há quem acuse que a lei regulamentadora da interceptação telefônica aniquilou o direito à intimidade e extrapolou os limites da competência lhe incumbida:

“começou por não atender à natureza excepcional da previsão contida na parte final do art. 5º, XII, do texto da Lei Magna, propiciando, como bem coloca Antonio Magalhães Gomes Filho, o virtual aniquilamento do direito à intimidade assegurado pela cláusula constitucional. Pois, acrescenta o autor, o constituinte, ao prever a regulamentação desse poderoso recurso técnico, que é a interceptação, não pretendia outorgar uma carta branca para que o legislador ordinário autorizasse o seu emprego na apuração de todos os crimes punidos com reclusão. Desse modo, o princípio da proporcionalidade...foi flagrantemente violado, eis que somente diante de excepcional gravidade de certos delitos ou da forma particular de execução de outros é que seria justificável a intromissão do aparato repressivo nas conversações telefônicas, com o fim de colher informações.”⁸⁴

Nesse sentido, a interceptação telefônica é resultado da ponderação de interesses feita pelo legislador, por meio da qual se entendeu que a investigação de crimes punidos com reclusão sobrepõe-se ao direito à intimidade e à privacidade, de modo a tornar lícito tal meio de prova, ainda que interfira e mitigue a expressão de outros direitos fundamentais.

⁸⁴ AVOLIO, op. cit., p. 199.

Daí fazer sentido a crítica de que a interceptação telefônica, por constituir medida extraordinária que limita direitos fundamentais, não deveria servir como meio de prova a todos os crimes puníveis com reclusão, indistintamente.

Efetivamente, não faz sentido que os direitos fundamentais relacionados às liberdades públicas sejam mitigados pela investigação de **qualquer** crime punível com reclusão, eis porque coerente a crítica de Antonio Magalhães supratranscrita.

Por fim, ainda é incoerente a limitação da interceptação telefônica à instrução processual penal.

Tal postura legislativa é, mais uma vez, baseada no princípio da proporcionalidade, na medida em que justificada pela visão de que a violação do sigilo das comunicações só poderia ser fundamentada na proteção de bens jurídicos mais relevantes, que, por sua vez, só existiriam no processo penal.

Como já abordado, e aqui se reitera, intolerável a ideia de que o processo penal lida com bens jurídicos mais importantes em comparação ao processo civil: *“em sede civil encontram-se interesses tão ou mais relevantes quanto aqueles protegidos pelo Código Penal. Basta comparar as regras civis concernentes ao direito de família com aquelas tipificadoras de condutas ofensivas ao patrimônio”*⁸⁵

De fato, a Constituição, neste ponto, é ultrapassada, na medida em que reproduz velhos dogmas de que o processo penal se serve da verdade material, enquanto ao processo civil basta a verdade formal.

6.2 A prova emprestada e a sua relação com as provas ilícitas: um meio de superação da vedação constitucional

A melhor doutrina define a prova emprestada como o transporte do resultado de uma produção probatória de um processo ao outro.

Tal instituto está expressamente previsto no art. 372 do CPC e está relacionado ao princípio da eficiência processual, em razão da economia de tempo e dinheiro mediante sua utilização.

⁸⁵ TUCCI, op. cit., 189.

No mesmo sentido, Barbosa Moreira: *“É esquecer que no âmbito civil se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível senão com multa (...) É no processo civil que se discutem e se decidem pleitos atinentes a matérias reguladas pelo direito público administrativo, tributário, internacional – last but not least – constitucional”* (BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 151).

Pode ainda ocorrer em decorrência da impossibilidade ou alta dificuldade de uma nova produção.

A princípio, qualquer prova pode ser emprestada de um processo ao outro, bastando que o contraditório seja observado.

Todavia, no tocante às provas ilícitas, existe uma discussão sobre a possibilidade de aproveitamento de uma interceptação telefônica realizada no processo penal para instrução probatória no processo civil.

Na opinião de Vicente Greco e Luiz Flávio⁸⁶, a prova decorrente de interceptação telefônica produzida no processo penal não poderia ser aproveitada no processo civil, pois o texto constitucional é limitativo, prevendo a possibilidade de interceptação telefônica apenas para fins de instrução penal.

Ada Pellegrini Grinover admite tal possibilidade, desde que se trate de processos com as mesmas partes e sem má-fé em sua produção.⁸⁷

Concorda-se com a opinião de Avolio, para quem o transporte da prova seria possível sob a ótica da proporcionalidade, e no contexto do sigilo processual e da tutela da intimidade, e não propriamente acerca do documento já produzido:

*“(...) mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, entendemos que seria possível superar-se a vedação – não da interceptação, propriamente dita, mas do sigilo processual e da tutela da intimidade – em prol de valor mais relevante, a verificar-se concretamente. Na verdade, o que a Constituição está a limitar é a realização da interceptação pura e simplesmente, para a apuração da matéria de fato no cível, e não do resultado dessa prova, já convertido em prova documental.”*⁸⁸

Cumprе ressaltar, ainda, a opinião de Paulo Osternack Amaral, segundo a qual a opção constitucional de autorizar a interceptação tão somente para fins penais não foi a mais adequada.⁸⁹

Salienta o eminente processualista que:

“Não é de hoje a concepção de que o direito processual como um todo é informado por princípios e garantias fundamentais e que a bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde a uma exigência pragmática derivada da norma substancial a atuar. Também já se consolidou não ser juridicamente admissível a ultrapassada orientação de que o processo penal perseguiria a chamada “verdade real”, ao passo que o processo civil se satisfaria com uma “verdade formal”; a

⁸⁶ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica, 2005; GOMES, Luiz Flavio. Finalidade da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada, Repertório IOB de Jurisprudência, vol. 4/97, p. 75.

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal.

⁸⁸ AVOLIO, op. cit., p. 81.

verdade é uma só e será buscada em qualquer processo como forma de se obter uma solução justa.”⁹⁰

De fato, conforme já adiantado, superou-se a visão de que o processo penal resguarda bens jurídicos mais relevantes e, por isso, deveria dispor de mais meios para alcançar uma solução mais justa.

Todavia, ainda assim Amaral defende que a prova oriunda da interceptação telefônica não possa ser emprestada a outros processos, justamente porque isso constituiria um meio de burlar a vedação constitucional, além de estender um método que foi criado para ser utilizado de forma excepcional.⁹¹

Por fim, excepciona que *“não se descarta que tal vedação ao empréstimo seja abrandada concretamente, em situações muito excepcionais, pela incidência da proporcionalidade”*⁹²

Não obstante, no âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça consolidou importante jurisprudência acerca da regulamentação dos procedimentos de execução das interceptações telefônicas, levando em consideração o direito individual à inviolabilidade das comunicações, à privacidade e à intimidade, garantidos pela Constituição Federal.

A esse respeito, confira-se o teor da Súmula 591 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual *“é permitida a ‘prova emprestada’ no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”*.

Nesse sentido, parece que a jurisprudência pacificou o entendimento acerca do cabimento do empréstimo da prova produzida no processo penal aos outros processos, ainda que se trate de interceptação telefônica.

Tal perspectiva será tratada mais a frente, especificamente no capítulo jurisprudencial, mas se adiante que o aludido empréstimo tem sido autorizado sob o argumento de que a *“violação”* do direito à intimidade já ocorreu, pelo que basta o exercício do contraditório para que a prova seja reputada como lícita.⁹³

⁹⁰ AMARAL, op. cit., p. 111.

⁹¹ Barbosa Moreira aponta que *“a favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela.”* (BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 153).

⁹² AMARAL, op. cit., p. 112.

⁹³ Nesse sentido: RMS n. 13.986/DF, INQ 2.424, MS14140, PET. 3683 e RMS 24194.

Observa-se que, com o intuito de valorizar a economia processual e a eficiência na prestação jurisdicional, conforme preconizado pelo art. 372 do CPC, o Tribunal permite o uso de prova emprestada em um novo processo, desde que respeitado o contraditório.⁹⁴

Sobre o tema, Salgado e Queiroz⁹⁵ salientam que, embora haja reconhecimento sobre a possibilidade de utilização de provas obtidas por meio de interceptação telefônica legítima em outros processos, incluindo em âmbito administrativo-disciplinar, é crucial que essas provas se destinem a comprovar o mesmo fato.

No entanto, situação mais controversa surge quando fatos diferentes daqueles que foram objeto da investigação inicial surgem durante a interceptação, e não possuem qualquer conexão objetiva com a prática criminosa que justificou a autorização da interceptação.

Alguns defendem a recusa total da validade das provas interceptadas, impossibilitando sua utilização em outro processo, enquanto outros argumentam que a transferência das informações seria permitida apenas se o crime em questão estiver enquadrado em uma das exceções previstas na Lei n. 9.296/96 para a interceptação.

Nesse caso, é importante ressaltar que uma interpretação mais restritiva da lei impediria a recepção desses dados em procedimentos administrativos.

Na prática, embora seja admitido o uso das informações obtidas por meio de interceptações em processos administrativos disciplinares, seria necessário implementar mecanismos efetivos de controle, análise do caso concreto e fundamentação adequada pelo juiz para autorizar tal utilização.

De qualquer forma, conclui-se a existência de inconsistências e dificuldades que envolvem o tema da relação da prova ilícita com a prova emprestada, restando claro, novamente, que o ordenamento jurídico não possui os mecanismos suficientes para dirimir todos esses problemas processuais e acaba reproduzindo velhos dogmas.

Uma outra discussão que envolve a intersecção entre prova ilícita e prova emprestada é o aproveitamento contrário: o da prova considerada ilícita no processo de origem.

Seria o exemplo de uma interceptação telefônica produzida no âmbito do processo civil e posteriormente reputada ilícita pelo juízo. Seria possível aproveitá-la?

A prova ilícita é nula e, portanto, ineficaz.

⁹⁴ Como exemplo, pode-se citar o julgamento do Recurso Especial nº 1.780.715/SP, em que a interceptação telefônica revelou fatos novos e diferentes daqueles que motivaram o pedido inicial de quebra de sigilo (fenômeno da serendipidade), possibilitando a instauração de nova investigação para apurar o crime até então desconhecido.

⁹⁵ SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O compartilhamento de dados obtidos por meio de interceptação telefônica. Altos estudos sobre a prova no processo penal, 2020, p. 305-333.

Por isso, inviável o aproveitamento da prova considerada ilícita no processo anterior, ainda que fosse lícita no processo atual.

De fato, se a prova sequer passou do exame de admissibilidade, impossível que seja emprestada a outro processo, porque sequer existe prova.

Situação diferente seria quando a prova, ainda que ilícita, é aproveitada pelo juízo sob à luz da teoria da proporcionalidade. Nesse caso, caberia ao juízo do presente processo revalorar aquela prova já produzida e admitida.

6.3 O aproveitamento das provas ilícitas à luz da verdade, da instrumentalidade do processo e do princípio da proporcionalidade

A despeito da expressa vedação constitucional à utilização das provas obtidas ilicitamente, a posição que predomina a esse respeito é aquela que entende pela aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto, de forma a permitir seu aproveitamento nas hipóteses em o direito passível de ser violado seria mais importante que aquele que a aludida vedação pretendia proteger.

Nesse sentido, por exemplo, não há dúvida acerca da admissibilidade da prova ilícita *pro reo*.⁹⁶ Por outro lado, seja no âmbito cível, seja a respeito da prova ilícita *pro societate*, isto é, a favor da acusação no processo penal, a doutrina e a jurisprudência são quase uníssonas em inadmiti-la.

As palavras de Avolio sintetizam bem a posição majoritária quanto à prova ilícita *pro societate*:

“Há que se estabelecer, contudo, fundamental distinção entre a prova que favorece a acusação e a que embasa a defesa, pois os valores em confronto com a intimidade são diversos, quais sejam, respectivamente, o direito à prova e o direito à liberdade.

Desse modo, a prova que favorece a defesa, ainda que ilícita, pode ser admitida com base no princípio da proporcionalidade...É que o direito à liberdade ou à defesa deve prevalecer sobre a intimidade.

⁹⁶ “Nelson Nery Júnior aceita essa interferência, segundo o autor, a ilicitude do meio de obtenção da prova seria afastada quando, por exemplo, houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita. (...) esta também é a opinião de diversos autores, mencionando José Carlos Barbosa Moreira que esta questão preocupa a doutrina e se nega a aplicabilidade do artigo 5º, LVI, da Constituição porque o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse de proteção que inspira a norma proibitiva; ainda, chega a afirmar Luiz Francisco Torquato Avolio que, quando utilizada sob a ótica do direito de defesa no processo penal pelo réu, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência a prova ilícita”. (DIDIER JR., op. cit., p. 178).

Já sob o ponto de vista da acusação, jamais poderia o direito à prova ou o interesse social na punição dos delitos preponderar sobre a intimidade, de modo a admitir-se, pelo cânone da proporcionalidade, uma prova ilícita pro societate.”⁹⁷

Surge, então, questionamentos se tal tese estaria de acordo com o princípio da isonomia.

Com efeito, a isonomia consiste na equalização dos procedimentos e normas jurídicas aplicáveis aos indivíduos, assegurando que a lei seja aplicada de maneira equânime a todos, levando em conta suas diferenças para a efetivação dessas normas.

O aludido princípio é extraído do art. 5º da Constituição Federal, que assim prevê:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

Cumprе ressaltar que a isonomia não corresponde ao tratamento igual indistintamente. Pelo contrário, cuida-se de tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.

O princípio da isonomia aplicado ao direito processual probatório transforma-se no princípio da paridade de armas, cujo objeto é a igualdade de tratamento conferida às partes do processo, no que diz respeito ao exercício de direitos e deveres.

Em outros termos, esse princípio estabelece que tanto a defesa quanto a acusação devem ter oportunidades equivalentes para influenciar o julgador.

Em geral, a acusação dispõe de maiores e melhores meios para influenciar o julgador em comparação ao réu. Isso porque o polo ativo é o próprio Estado, que é incomparavelmente maior que o particular.

No entanto, é possível existir situações em que o Estado seja hipossuficiente em relação ao particular, de modo a merecer um tratamento desigual que nivele as partes e consagre o princípio de paridade das armas.

Confira exemplo dado pelo eminente processualista Barbosa Moreira:

“Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado pelo ‘poderoso chefe’ do local.”⁹⁸

⁹⁷ AVOLIO, op. cit., p. 233.

⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 148.

Nesse contexto, o doutrinador comenta que a rigidez com que foi posta a vedação das provas ilícitas, bem como a importação de doutrinas estrangeiras (*“fruit of the poisonous trees”*) pode não ter sido a melhor maneira de efetivar o direito fundamental à prova no Brasil, considerando as especificidades do país no tocante à criminalidade e sensação de impunidade.

“(...) a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto (...) Devemos confessar de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimento em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional em dar combate eficiente à praga do tráfico – combate que, diga-se de passagem, é também um valor constitucional, conforme ressalta da inclusão do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins entre os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.”⁹⁹

Efetivamente, malgrado a crítica de Barbosa Moreira tenha se restringido ao combate ao tráfico de drogas, extraem-se de suas palavras duas lições principais: (i) a necessidade de expansão dos meios legais de prova; e (ii) a inevitável mitigação da vedação das provas ilícitas.

É cediço que inexistente um rol taxativo dos meios de prova, ao teor do art. 369 do CPC:

“Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Contudo, como se observa, cabe à parte, em sua jornada à obtenção da prova, observar a lei e se abster de conduta que lese um direito de terceiro.

Ocorre que, em alguns casos, como no combate ao tráfico de drogas, é necessário que a lei preveja meios extraordinários que possibilitem a reconstrução dos fatos e o convencimento do juiz a tal respeito, ainda que isso implique a mitigação de direitos fundamentais.

Em outras palavras, requer-se que a lei crie meios tais quais a interceptação telefônica, que, a despeito de mitigar o direito à intimidade e privacidade, constitui um meio legal e limitado à obtenção da prova.

A bem da verdade, não obstante a intimidade seja fundamental a qualquer indivíduo, não se pode permitir sua utilização como obstáculo à realização da justiça ou para encobrir crimes.

Nesse sentido:

⁹⁹ Ibid., p. 154-155.

“É justamente por não descurar da aplicação justa e eficaz da lei penal no combate à criminalidade, especialmente aquela organizada, que a doutrina e a jurisprudência, no Brasil e no mundo, vêm preconizando a regulamentação precisa das interceptações telefônicas, como eficiente instrumento de investigação policial, e contundente meio de prova processual, à altura da sofisticada tecnologia empregada pelos criminosos.”¹⁰⁰

Não se trata, aqui, de aproveitar a prova ilícita, mas de criar meios de obtenção de prova para utilização em hipóteses que tenham por objeto a proteção de bens jurídicos caros à sociedade, assim como ocorre com a interceptação telefônica, a quebra de sigilo fiscal e bancário e o uso de documentos sigilosos.

Nos Estados Unidos da América, em cenário similar àquele observado por Barbosa Moreira, levantou-se exatamente a necessidade de criação de meios extraordinários de prova a fim de combater o crime organizado, solução que teria sido efetiva em alguns estados do país. Confira-se:

“Refere Goldsmith que antes da promulgação da Lei de 1968 o presidente da Comissão sobre o Crime observava que os meios de prova tradicionais não surtiam efeito contra o crime organizado, e se procurava ilustrar as virtudes da interceptação telefônica com referências a bem sucedidas perseguições criminais que não seriam possíveis sem esses recursos eletrônicos. Em Nova York, por exemplo, as interceptações vinham sendo realizadas há mais de duas décadas, com bons resultados contra o crime organizado.”¹⁰¹

Logo, depreende-se que a criação de tais meios é importante para evitar a suscitação de dúvidas a respeito da legalidade de tais provas, visto que a ausência de previsão normativa somada à mitigação de liberdades públicas é o que conduz à ilicitude da prova.

Concomitantemente, é preciso avaliar se o aproveitamento da prova ilícita deve restringir-se ao benefício do réu do processo penal ou estender-se ao processo civil ou mesmo em benefício da acusação (*pro societate*).

De fato, o princípio da proporcionalidade não deve cotejar o direito à prova, e sim o direito que se pretende proteger por meio da prova.

Afinal, como diz Ada Pellegrini “o direito à prova é sempre limitado pelas regras de exclusão, e, se forem esses os interesses em jogo, não se poderia excluir qualquer prova ilícita, que fosse a única possível no caso concreto”.¹⁰²

A esse respeito, confira-se a opinião de Avolio:

¹⁰⁰ AVOLIO, op. cit., p. 163.

¹⁰¹ Ibid., p. 122.

¹⁰² GRINOVER, 1987, apud AVOLIO, 2019, p. 142.

“Já na interceptação ilícita pro societate, ou seja, naquela efetuada com o objetivo precípua de constituir provas ou obter indícios para se chegar a provas derivadas, o quadro dos valores em confronto é bem diverso: haveria tão somente o direito à prova em face do direito à intimidade, ou outro afim. Mas o direito à prova, como vimos, é sempre limitado pelas regras de exclusão...”¹⁰³

Malgrado se concorde com as opiniões apresentadas, deve-se ter em mente que, assim como o direito à prova do réu tem relação com seu direito à liberdade, o direito à prova da parte autora não tem um fim em si mesmo, mas se relaciona com outros direitos que podem ser tão importantes quanto as liberdades públicas.

Sob esse viés, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode lograr êxito em flexibilizar a vedação constitucional das provas ilícitas e evitar os excessos alertados por Barbosa Moreira, de modo a afrouxar a rígida posição de que seu aproveitamento restringe-se ao benefício do réu no processo penal.

Reitere-se que a vedação do uso das provas ilícitas, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, deve sempre permanecer, mas não pode ser irredutível, mesmo porque nenhum direito é absoluto.

Nesse sentido, cumpre frisar que o processo é concebido, hodiernamente, como um instrumento de pacificação social, de modo que as regras processuais devem ser criadas e interpretadas com o fito de atender aos interesses sociais democráticos.

Daí porque é mais importante uma justiça “*justa*” do que uma justiça “*procedimental*”, isto é, a legitimidade do poder judiciário concentra-se primordialmente na correta subsunção do fato à norma de direito material, relegando-se as regras meramente processuais.

E, para tanto, imprescindível a apuração da verdade no processo, a qual, conquanto não constitua o fim do processo, é pressuposto existencial de sua justiça, conforme preconizava Michele Taruffo.

Nesse sentido é a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Sarlet e Daniel Mitidiero:

“A verdade é pressuposto ético do processo justo. Uma das fontes da legitimação da função judiciária é a verdade – veritas, non auctoritas facit iudicium. É necessariamente injusta a decisão baseada em falsa verificação das alegações de fato no processo. Daí existir uma relação teleológica entre prova e verdade – a prova visa à apuração da veracidade das alegações de fato. A verdade é um problema unitário – inexistente a possibilidade de separação entre verdade dentro e fora do processo – e pode ser satisfatoriamente definida a partir da ideia de correspondência.”¹⁰⁴

¹⁰³ AVOLIO, op. cit., p. 154.

¹⁰⁴ DIDIER JR., op. cit., p. 151.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade deve analisar o direito à prova a partir de duas perspectivas: (i) da efetividade do processo como instrumento de pacificação social; e (ii) do bem jurídico que se pretende proteger mediante tal prova.

Diante disso, mostra-se possível o aproveitamento da prova ilícita no processo civil e, em casos extremos, *pro societate*.

No caso do processo civil, basta pensar numa hipótese, similar a um dos casos que será abordado no capítulo seguinte, em que o requerente, com base numa interceptação telefônica ilícita, prove que a requerida (sua ex-esposa) oferece perigo à integridade física e psicológica de seus filhos e, com base nisso, solicite a transferência da guarda.¹⁰⁵

Acredita-se que, nessa hipótese, à luz do princípio da proporcionalidade, o direito à intimidade da requerida deve sucumbir face ao direito fundamental das crianças de proteção à vida e à saúde, conforme art. 7º do ECA.¹⁰⁶

Já acerca do aproveitamento da prova ilícita *pro societate*, pensa-se que, embora possível, deve-se limitar a casos muito extremos, como nos casos dos crimes previstos nos incisos XLIII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal, a saber: tortura, terrorismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Não se pode afirmar inflexivelmente a impossibilidade de se aproveitar a prova ilícita contra o réu, pois isso conduziria a situações em que o direito à intimidade ou privacidade tornar-se-ia absoluto.

A esse respeito, importante registrar o célebre diálogo entre Cappelletti e o Prof. Smit durante a Conferência Internacional Association of Legal Science, de 1971, na Florença:

“Cappelletti perguntou a Smit se, em seu entender, quando se conseguisse através de uma prova ilegal saber da existência de uma bomba no solo de Florença, a prova ilícita poderia ser usada para alcançar o criminoso; Smit respondeu que a prova ilícita poderia ser usada apenas para localizar e desmantelar a bomba, mas, desde que obtida ilegalmente, não poderia ser usada para punir o criminoso. Cappelletti indagou, então, qual seria o procedimento se a prova assim conseguida revelasse não apenas a identidade do criminoso, como ainda que o mesmo planejava

¹⁰⁵ “No campo do processo civil, um exemplo excelente de caso excepcional em que seria razoável sustentar a admissibilidade de provas (aparentemente) ilícitas seria uma ação de destituição de poder familiar, em que se alega a prática de abusos contra a criança pelos seus próprios pais, com prova única consistente em gravações que foram realizadas clandestinamente, concluindo que, por mais paradoxal que possa parecer, a ponderação de interesses é precisamente o que garante a proteção dos direitos previstos na Constituição.” (ROQUE, 2007, apud DIDIER JR., 2018, p. 95).

¹⁰⁶ “Nestas situações, em especial no direito de família, e quando envolvidas crianças e adolescentes, o direito material não mais poderia ser tutelado se não se admitisse qualquer limitação à privacidade e à intimidade do transgressor, adotando a corrente proibitiva ao invés de aceitar a aplicação da proporcionalidade. E neste caso ainda se poderia objetar com a norma constitucional ter elegido os direitos da criança e do adolescente como prioridade absoluta, sem qualquer ressalva, de modo tão incondicional quanto à própria previsão constitucional de vedação ao uso das provas obtidas por meio ilícito”. (DIDIER JR., op. cit., p. 181).

destruir Veneza e Paris no dia seguinte, ao que Smit responde que casos-limite frequentemente tornam as decisões mais difíceis. ¹⁰⁷

Excetuados tais casos, porém, não parece ser possível o aproveitamento da prova ilícita *pro societate*.

Em suma, a vedação às provas ilícitas deve ser flexibilizada segundo o princípio da proporcionalidade, que deverá cotejar os direitos que se quer protegidos pela prova produzida, sem menosprezar, nesse exercício, o interesse social envolvido no processo.

7 O APROVEITAMENO DA PROVA ILÍCITA ANALISADO SOB O PRISMA JURISPRUDENCIAL

O objetivo desse capítulo é analisar alguns julgados paradigmáticos que envolveram, em certa medida, o aproveitamento da prova ilícita, bem como opiniões destoantes dos próprios julgadores.

Para isso, dispensaram-se os julgados que simplesmente inadmitiram, de forma unânime, a prova ilícita, já que, como visto, a vedação desta é regra constitucional.

Assim, os julgados limitam-se aos que contêm votos favoráveis ao uso da prova ilícita, já que representam verdadeira exceção ao ordenamento jurídico brasileiro.

A partir deles, tece-se uma análise sobre os pontos já abordados no trabalho, de sorte a evidenciar as críticas já trazidas.

7.1 HC n. 71.373-4/RS e o princípio da proporcionalidade aplicado à utilização da prova ilícita no processo civil.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo próprio paciente, o Sr. José Antônio Gomes Pinheiro Machado, contra decisão que determinou seu comparecimento em realização de exame de DNA, no âmbito da ação de investigação de paternidade proposta por Thais Marques Rosa e Livia Marques Rosa, filhas de Heloísa Maria Marques Rosa, sob pena de condução sob vara.

Em seu voto, o Sr. Min. Rel. Francisco Rezek votou pelo indeferimento da ordem, ponderando o seguinte:

*“O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física.
(...)”*

¹⁰⁷ GRINOVER, op. cit., 122.

Vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.

(...)

Tem o magistrado a faculdade de determinar as provas que julgar necessárias à perfeita instrução do processo, podendo a parte, por igual, propor a realização de todas aquelas em direito permitidas, tal como fez o paciente em sua contestação. É o que diz o artigo 130 do CPC, complementado pelo 332, que inclui “todos os meios moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código”.

Após o Min. Ilmar Galvão acompanhar o relator, o Min. Marco Aurélio abriu a divergência, nos seguintes termos:

“Ninguém está compelido, pela ordem jurídica a adentrar a Justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há consequências para o fato de vir aquele que é apontado como pai a recusar-se ao exame que objetive o esclarecimento da situação. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses e que o sacrifício – na espécie, uma simples espetadela – não é tão grande assim. Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste habeas corpus – no sentido de o paciente, réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão – eminentemente pessoais e a inequívoca carga patrimonial – pela inconstitucionalidade. Digo isto porquanto a Carta Política da República consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma prova? É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue para a realização do exame”.

Diante das posições colocadas, os Min. Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence acompanharam o relator, enquanto os Min. Celso de Mello, Sydney Sanches, Néri da Silva, Moreira Alves e Octavio Gallotti acompanharam a divergência.

Por 5 a 4, deferiram o pedido de habeas corpus, em acórdão assim ementado:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DA VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para a coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídicos-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde

das questões ligadas à prova dos fatos.” (STF, Pleno, habeas corpus 71373, min. Marco Aurélio, relator para o acórdão, j. 10/11/1994).

Da análise do acórdão, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o direito à investigação de paternidade não pode se sobrepor ao direito à intangibilidade física e à intimidade.

Do voto do Min. Marco Aurélio, observa-se que a discussão, no fundo, é sobre a produção de uma prova que viola os direitos fundamentais do réu e, portanto, não poderia ser produzida.

Embora não utilizado o termo “*prova ilícita*”, está claro que a referida determinação que ensejou a impetração do habeas corpus tinha como objeto a produção de uma prova ilícita, considerando a iminente violação ao direito sobre o próprio corpo.

Contudo, como se defendeu neste trabalho, a vedação da prova ilícita e, portanto, a impossibilidade de condução do réu sob vara, na hipótese, poderia ser mitigada pelo princípio da proporcionalidade caso pretendida a proteção de um valor maior.

A questão não é fácil: a ordem foi concedida por maioria simples, tendo 4 ministros votados pela admissibilidade da prova determinada.

Contudo, entende-se que a decisão adotada in casu foi a mais correta.

É que o direito à intimidade e à intangibilidade física não pode sucumbir face ao direito de investigação de paternidade que, conquanto não seja estritamente patrimonial, é direito disponível.

Assim, entende-se correto o deslinde da demanda, já que o uso da prova ilícita no processo civil deve ocorrer apenas em casos extremos, que não é a hipótese dos autos, considerando, ainda, que parte do conflito é resolvido a partir da inversão do ônus probatório.

7.2 RMS n. 5.352/GO e a necessidade de aproveitamento da prova ilícita

Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por Maria Sueli Neves de Oliveira contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que denegou o mandado de segurança impetrado a fim de obter o desentranhamento do Laudo de Exame Pericial de Transcrição de fita cassete e demais documentos a ela relacionados, dos autos da ação penal a que responde a recorrente, bem como a localização e posterior destruição das referidas fitas ao argumento de que as mesmas foram gravadas mediante interceptação telefônica ilícita, o que é vedado pelo art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Na origem, a recorrente era réu em ação penal por ministrar “Lexotan” às suas filhas para facilitar seu relacionamento com o amante enquanto seu marido estava fora de casa, fato comprovado mediante interceptação telefônica não autorizada feita pelo marido.

O Sr. Min. Vicente Cernicchiaro votou pelo desprovimento do recurso, nos seguintes termos:

“A interceptação de correspondência, a interpretação de conversação telefônica, também entra na esfera da intimidade; por isso, a pessoa não pode ser molestada com a participação de terceiro não autorizado na coleta dessas provas. Ocorre, entretanto, apesar disso, a proteção à intimidade, como está, é inviolável à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

(...)

Acredito, no tocante à fidelidade conjugal, o comportamento de um dos cônjuges é de interesse do outro cônjuge.

(...)

Hoje, penso, não se pode desconhecer o direito, tanto do marido quanto da mulher, de fazer a fiscalização constante e permanente do comportamento do consorte”.

O Min. Adhemar Maciel, por outro lado, votou pelo provimento do recurso, abrindo divergência nos seguintes termos:

“Tenho para mim que a recorrente tem razão. Pelo fato de haver sido a gravação feita pelo marido em nada altera sua ilegalidade. Eu só admitiria a legalidade se o marido tivesse participado da conversa. Mas não participou. Logo, é um extraneus”.

O Min. Anselmo Santiago acompanhou o relator, enquanto os Min. Vicente Leal e William Patterson acompanharam a divergência.

Por 3 a 2, deram provimento ao recurso para determinar o desentranhamento pretendido, conforme a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCUTA TELEFONICA. GRAVAÇÃO FEITA POR MARIDO TRAÍDO. DESENTRANHAMENTO DA PROVA REQUERIDO PELA ESPOSA: VIABILIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PROVA ILEGALMENTE OBTIDA, COM VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE INDIVIDUAL. RECURSO ORDINARIO PROVIDO.

I - A IMPETRANTE/RECORRENTE TINHA MARIDO, DUAS FILHAS MENORES E UM AMANTE MEDICO. QUANDO O ESPOSO VIAJAVA, PARA FACILITAR SEU RELACIONAMENTO ESPURIO, ELA MINISTRAVA “LEXOTAN” AS MENINAS. O MARIDO, JA SUSPEITOSO, GRAVOU A CONVERSA TELEFONICA ENTRE SUA MULHER E O AMANTE. A ESPOSA FOI PENALMENTE DENUNCIADA (TOXICO).

AJUIZOU, ENTÃO, AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, INSTANDO NO DESENTRANHAMENTO DA DECODIFICAÇÃO DA FITA MAGNETICA. II - EMBORA ESTA TURMA JA SE TENHA MANIFESTADO PELA RELATIVIDADE

DO INCISO XII (ULTIMA PARTE) DO ART. 5. DA CF/1988 (HC 3.982/RJ, REL. MIN. ADHEMAR MACIEL, DJU DE 26/02/1996), NO CASO CONCRETO O MARIDO NÃO PODERIA TER GRAVADO A CONVERSA A ARREPIO DE SEU CONJUGE. AINDA QUE IMPULSIONADO POR MOTIVO RELEVANTE, ACABOU POR VIOLAR A INTIMIDADE INDIVIDUAL DE SUA ESPOSA, DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE (ART. 5., X). ADEMAIS, O STF TEM CONSIDERADO ILEGAL A GRAVAÇÃO TELEFONICA, MESMO COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (O QUE NÃO FOI O CASO), POR FALTA DE LEI ORDINARIA REGULAMENTADORA (RE 85.439/RJ, MIN. XAVIER DE ALBUQUERQUE E HC 69.912/RS, MIN. PERTENCE). III - RECURSO ORDINARIO PROVIDO.”

Diferentemente do caso anterior, acredita-se que a solução dada ao caso não foi a correta.

É que a argumentação dos respeitáveis ministros limitaram-se à análise da possibilidade do marido fiscalizar a esposa e vice-versa, o que conduzia à impossibilidade do aproveitamento da prova ilícita.

Nesse sentido, é claro que o marido não tem o poder, apenas por ser marido, de invadir a privacidade e intimidade de sua esposa, ainda que estes direitos sejam menos expressivos no âmbito do direito familiar e da vida conjugal.

Contudo, o erro do julgado foi não incluir, no exame da proporcionalidade, o direito à incolumidade física das filhas, a quem era ministrado “Lexotan”.

Acredita-se que, nessa hipótese, à luz do princípio da proporcionalidade, o direito à intimidade da requerida, já mitigado por se tratar de relação familiar e conjugal, deve sucumbir em face ao direito fundamental das crianças de proteção à vida e à saúde, conforme art. 7º do ECA:

“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

A esse respeito, confira-se opinião de Paulo Amaral, que comentou o julgado supratranscrito:

“Repare-se que a decisão parece ter examinado o caso sob uma perspectiva equivocada. Aparentemente considerou apenas eventual direito matrimonial violado pela traição da esposa. Tudo indica que sequer cogitou examinar a posição dos filhos menores, que era justamente o que o pai pretendia proteger por meio da escuta telefônica. A ponderação de valores, portanto, poderia ter sido promovida sob a seguinte perspectiva: de um lado, o direito à intimidade e ao sigilo das comunicações da esposa; de outro, a necessidade de proteção dos filhos menores, que estavam sendo intoxicadas pela própria mãe pelo remédio “lexotam”.

Partindo dessas premissas, tudo leva a crer que a solução atingida pelo STJ não foi a mais adequada, ao determinar o desentranhamento da prova ilícita e prestigiar o direito à intimidade da esposa. Mais apropriado teria sido revelar

*naquele caso a ilicitude da gravação telefônica, pois o valor fundamental que se pretendia proteger por meio de tal gravação (dignidade e integridade física e mental dos filhos menores) se sobrepunha concretamente à garantia da inviolabilidade da intimidade da esposa”.*¹⁰⁸

Há de se considerar, ainda, que mesmo que se defendesse a impunibilidade penal da esposa por aproveitamento da prova ilícita, seria impossível defender a inutilização da referida prova para efeitos de transferência de guarda no processo civil, justamente pelo perigo imposto às vidas das filhas.¹⁰⁹

7.3 HC n. 69.912 e HC n. 3.982 e a prova ilícita *pro societate* no âmbito do processo penal

O Habeas Corpus n. 69.912 foi impetrado por Lourival Mucilo Trajano, condenado por tráfico internacional de drogas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob a alegação de que a prova constante nos autos era ilícita.

Confira-se voto do Sr. Min. Rel. Sepúlveda Pertence, que deferiu a ordem:

“Os problemas jurídicos atinentes à inadmissibilidade processual e às consequências da admissão indevida, no processo, das provas ilícitas – da barbaria primitiva da tortura física à sofisticação tecnológica da interceptação telefônica –, ainda geram controvérsias doutrinárias e vacilações jurisprudências nos ordenamentos de maior tradição cultural.

(...)

Não é que, nesta banda, a persecução penal, algum dia, tivesse sido imune à utilização das provas ilícitas. Pelo contrário. A tortura, desde tempos imemoriais, continua sendo a prática rotineira da investigação policial da criminalidade das classes marginalizadas, mas a evidencia da sua realidade geralmente só choca as elites, quando, nos tempos de ditadura, de certo modo se democratiza e violenta os inimigos do regime, sem discriminação de classe.

De sua vez, é notório que a escuta telefônica foi amplamente utilizada, sob o regime autoritário, pelos organismos de informação e de repressão política: a questão de sua ilicitude não se constituiu, porém, senão raríssimamente, em tema de discussão judicial, fosse pela vista vigências exclusivamente nominal das garantias constitucionais, fosse porque, de regra, efetivada clandestinamente, poucas vezes a degravação das conversas interceptadas tenha sido levada aos autos dos processos.

¹⁰⁸ AMARAL, op. cit., 210.

¹⁰⁹ Em sentido semelhante, verificar Agravo de Instrumento n. 70018683508/RS, no qual considerou-se que: “A matéria aqui tratada confronta duas questões de ordem constitucional que merecem ser sopesadas: de um lado está o direito à intimidade do devedor de alimentos, e, de outro, o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, a quem é destinada a verba alimentar. Ocorrendo choque entre dois princípios constitucionais, é certo que impossível a aplicabilidade de ambos, um deverá necessariamente ser afastado, a partir de uma análise e interpretação sistemática do ordenamento jurídico relativamente ao caso concreto, aplicando-se a este o princípio da proporcionalidade. Conforme bem posto pela Procuradora de Justiça, Dr^a Ida Sofia da Silveira (fl. 83): no caso dos autos, por ocorrer a violação do alimentante com relação às suas filhas menores, o direito à sua intimidade não pode se sobrepor de forma absoluta ao direito das meninas de receberem a verba alimentar. Assim, patente a sobreposição do direito à vida dos alimentados em frente à intimidade do executado. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia o caráter superior da verba alimentar, devendo sobrepor o direito do devedor à intimidade”.

A primeira indagação jurídica que o tema propõe diz com a caracterização da ilicitude da prova sem sua produção no... caso concreto, a total ausência de motivação da autorização judicial, violando outra garantia explícita do due process – bastaria para firmar a ilicitude da prova colhida, que, para mim, sob vários prismas, é de evidência palmar.

A segunda indagação que o problema da prova ilícita sempre sugere tem dado margem alhures a polêmicas fascinantes; é a que respeita à repercussão ou não da ilicitude da produção extrajudicial da prova sobre sua admissibilidade no processo.

A discussão contrapõe os que extraem da ilicitude da prova a sua inadmissibilidade processual, aos que entendem que a ilicitude na obtenção da prova esgota seus efeitos na responsabilidade e na punição dos agentes, sem nenhum reflexo na admissibilidade processual das evidências resultantes.

(...)

O caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação dos “fruits of the poisonous tree”.

(...)

Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatório é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.”

O Sr. Min. Sydney Sanches, no entanto, discordou do relator e de outros ministros que o antecederam, nos seguintes termos:

“Uma condenação criminal não pode se apoiar exclusivamente em gravação de conversa telefônica, se não tiver sido autorizada, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela lei.

No caso, porém, a condenação não se apoiou apenas na gravação, mas em todos os demais elementos de convicção interpretados na sentença e no acórdão que a manteve.

Não é nula, pois, a condenação, já que encontrou apoio nas provas lícitas com que foi justificada.

Pouco importa que tais provas só têm sido possíveis depois da alegada violação ilícita do sigilo telefônico.

A não ser assim, poderá ocorrer hipótese como esta: a polícia grava, ilicitamente, uma conversa telefônica, e com isso toma conhecimento de que o marido foi o autor do homicídio, que vitimou sua mulher, e cujo corpo estava desaparecido. Diante disso, a polícia realiza diligências e consegue localizar o corpo da vítima, verifica, pericialmente, que foi atingida por disparados de arma de fogo, identifica o revólver, localiza-o em poder do marido, procede aos exames necessários e verifica que os projéteis encontrados na vítima procederam daquela arma, que apresentava resíduos de disparos recentes. Em seguida, obtém depoimentos de testemunhas que viram o marido, em companhia da mulher num carro, assistiram à discussão entre o casal, viram o marido efetuar os disparos, viram a vítima cair fora do veículo, viram-no levá-la para dentro do carro, fugindo em seguida com o automóvel e a vítima, para lugar ignorado. Tais testemunhas reconheceram o acusado e a vítima. O marido confessa, perante a polícia e em juízo, que realmente matou a mulher, dizendo, inclusive, quais foram os motivos. Em juízo tudo se repete.

E, no entanto, não se poderia apoiar a condenação em todas essas provas, minuciosas e cabais, só porque o fio da meada foi uma prova ilícita, como a gravação telefônica não autorizada?”

Por maioria, negaram a ordem, conforme a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILÍCITA: “DEGRAVAÇÃO” DE ESCUTAS TELEFONICAS. C.F., ART. 5., XII. LEI N. 4.117, DE 1962, ART. 57, II, “E”, “HABEAS CORPUS”: EXAME DA PROVA. I. - O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFONICAS PODERA SER QUEBRADO, POR ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA QUE A LEI ESTABELECE PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL (C.F., ART. 5., XII). INEXISTÊNCIA DA LEI QUE TORNARA VIAVEL A QUEBRA DO SIGILO, DADO QUE O INCISO XII DO ART. 5. NÃO RECEPCIONOU O ART. 57, II, “E”, DA LEI 4.117, DE 1962, A DIZER QUE NÃO CONSTITUI VIOLAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÃO O CONHECIMENTO DADO AO JUIZ COMPETENTE, MEDIANTE REQUISIÇÃO OU INTIMAÇÃO DESTA. E QUE A CONSTITUIÇÃO, NO INCISO XII DO ART. 5., SUBORDINA A RESSALVA A UMA ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA ESTABELECIDAS EM LEI. II. - NO CASO, A SENTENÇA OU O ACÓRDÃO IMPUGNADO NÃO SE BASEIA APENAS NA “DEGRAVAÇÃO” DAS ESCUTAS TELEFONICAS, NÃO SENDO POSSÍVEL, EM SEDE DE “HABEAS CORPUS”, DESCER AO EXAME DA PROVA. III. - H.C. INDEFERIDO.” (STF, Pleno, habeas corpus 69912, min. Carlos Velloso, relator para o acórdão, j. 30/06/1993).

No entanto, o julgamento foi anulado por participação de Ministro impedido, e, após novo julgamento, a ordem foi concedida, conforme a seguinte ementa:

“PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, “NAS HIPÓTESES E NA FORMA” POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINAR E VIABILIZAR - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.” (STF, Pleno, habeas corpus 69912, min. Sepúlveda Pertence, relator para o acórdão, j. 25/03/1994).

Nesse contexto, o Habeas Corpus n. 3.982 foi impetrado a fim de requerer o trancamento da ação penal em virtude de a única prova constante nos autos ter sido obtida ilicitamente, com base no julgamento do HC 69.912. De forma diferente, no entanto, tendo em vista que o paciente encontrava-se preso, a ordem foi indeferida.

Confirmam-se os argumentos do Sr. Min. Rel. Adhemar Maciel, que votou pelo indeferimento da ordem nos seguintes termos:

“Como bem disse a articulista (Ada Pellegrini Grinover) as liberdades têm feitiço e finalidades éticas, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações. Assim, a primeira indagação que faço é: como pode alguém, que se acha recolhido em estabelecimento penal, por condenação por quadrilha armada, pretender invocar cláusula constitucional que protege o homem livre? Essa escuta telefônica previamente autorizada por seu juiz natural, redundaria numa atipicidade constitucional? A escuta atentaria contra o direito dos presos, também com assento constitucional, seja por previsão direta ou via de tratados internacionais?”

A resposta só pode ser não.

(...)

Uma leitura atenta da constituição em vigor nos mostra sua preocupação no combate à macrocriminalidade, ao crime organizado, ao tóxico etc. Com isso, é bom que fique claro, não quero me transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade como um todo também merece proteção, tanto quanto o indivíduo.

Dessarte, não se pode dizer que a escuta telefônica, no caso concreto, tenha violado direitos fundamentais do impetrante. Ele, repita-se, não se achava em seu domicílio ou coisa que o valha. Estava encarcerado em estabelecimento penal, sujeito a regime de vigilância pública constante.

(...)

O impetrante transcreve a ementa da lavra do Min. Pertence no HC n. 69912 (...) esse entendimento, como já disse e já se repetiu, não teria aplicação no caso concreto, pois o paciente não é um homem livre”.

O Sr. Min. William Patterson o acompanhou, acrescentando que:

“O inciso XII, em que se baseia a impetração, para dizer que a sua aplicação está dependendo de regulamento por legislação ordinária, só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em um outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger marginal.

Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do juiz, dentro do seu equilíbrio, da sua isenção, porque o juiz também é ser humano, e percebe as coisas fora do processo”.

Por unanimidade, denegaram a ordem, conforme a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFONICA COM ORDEM JUDICIAL. REU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIARIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLICIA. O INCISO LVI DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADMISSIVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILICITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HA SEMPRE UM SUBSTRATO ETICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PROPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE E DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVES DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLAUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA E RELATIVA. A JURISPRUDENCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO E TRANQUILA.

SEMPRE E INVOCAVEL O PRINCIPIO DA 'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCIPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE) TAMBEM LA PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA.” (STJ, T6 – Sexta Turma, habeas corpus 3982, min. rel. Adhemar Maciel, j. 05/12/1995).

Ambos os casos tratam da utilização da prova ilícita pro societate no processo penal.

No primeiro, negou-se a possibilidade de utilização para condenação do réu, considerando o direito fundamental à intimidade pelo sigilo das comunicações.

No segundo, porém, considerou-se que o réu, por já estar preso, não faz jus à proteção constitucional e, por isso, haveria possibilidade de utilização de prova oriunda de interceptação telefônica ilícita.

Concorda-se apenas com o primeiro julgado, já que a vedação à prova ilícita é uma regra constitucional que não se relaciona com a qualidade do indivíduo a quem seu aproveitamento desfavoreceu.

7.4 RMS n. 13.986/DF e INQ 2.424 e a prova emprestada nos diferentes processos

A Súmula 591 do Superior Tribunal de Justiça permite a prova emprestada no processo administrativo, segundo a qual “é permitida a ‘prova emprestada’ no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”.

Poder-se-ia questionar se o aludido empréstimo englobaria também a prova colhida via interceptação telefônica que, como se sabe, só pode ser admitida no processo penal.

Na doutrina, há as mais diversas posições que, embora concordem não fazer sentido a aludida distinção entre processo civil e processo penal, variam pela admissibilidade ou inadmissibilidade do empréstimo de tal prova.

Na jurisprudência, no entanto, parece haver concordância a respeito dessa possibilidade.

O Mandado de Segurança n. 13.986, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi um dos primeiros, de que se tem conhecimento, a permitir tal empréstimo, sob o argumento de que “*porém, uma vez rompida esta barreira, nada impede que a prova colhida sob os auspícios da lei, a dizer, mediante autorização judicial e para fins de investigação ou processo criminal, seja utilizada para fins outros, como instruir procedimento administrativo punitivo*”.

Confira-se a ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ANALISTA TRIBUTÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. OPERAÇÃO PLATA DA POLÍCIA FEDERAL. LIBERAÇÃO DE VEÍCULO COM MERCADORIA IRREGULAR. FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. MEMBROS DA COMISSÃO PROCESSANTE REGULARMENTE DESIGNADOS. AUSÊNCIA DE SUSPEIÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. DEGRAVAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LEGALMENTE COLHIDA EM INSTRUÇÃO CRIMINAL. OBSERVÂNCIA CRITERIOSA DO RITO PROCEDIMENTAL PREVISTO NAS LEIS 8.112/90 E 9.784/99. SEGURANÇA DENEGADA.

Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes.

O valor constitucionalmente protegido pela garantia de inviolabilidade das comunicações telefônicas é a intimidade, que não pode ser ofendida, salvo em hipóteses excepcionais de existência de indícios veementes de cometimento de ilícito penal. Porém, uma vez rompida esta barreira, nada impede que a prova colhida sob os auspícios da lei, a dizer, mediante autorização judicial e para fins de investigação ou processo criminal, seja utilizada para fins outros, como instruir procedimento administrativo punitivo.”

Nas razões de decidir, o Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho consignou que:

“O impetrante defende a ilegalidade da utilização das gravações das conversas interceptadas pela Polícia Federal, na apuração de suposto ilícito penal, como prova em processo administrativo disciplinar, em face do princípio da independência dessas duas esferas.

Sobre a utilização de interceptação telefônica em processo administrativo, o Supremo Tribunal Federal entendeu cabível tal procedimento, desde que seja também observado o devido processo legal e respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, do seu envio à Administração.

Destaca-se, nesse diapasão, a questão de ordem no Inquérito n. 2.323-2/RJ, em que o Pretório Excelso deferiu dois pedidos de envio de cópia de inquérito penal, sobre dados de interceptações telefônicas e escutas ambientais autorizadas, e de sua utilização para efeito de instaurar e instruir procedimento administrativo disciplinar.

Trilhando idêntico rumo, este Órgão Colegiado já teve a oportunidade de apreciar a matéria, como se vê:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. COMISSÃO DISCIPLINAR. IMPEDIMENTO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTO CIRCUNSTANCIADO. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE.

IV - A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar, cujo traslado da prova penal foi antecedido e devidamente autorizado pelo Juízo Criminal. (Precedente do c. STF: Plenário, QO no Inq. 2275, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 26/9/2008; Precedentes desta e. Corte Superior: MS 11.965/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, Rel. p/ Acórdão Min.

Arnaldo Esteves Lima, DJ de 18/10/2007; MS 9.212/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 1º/6/2005; MS 7.024/DF, 3ª Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 4/6/2001).

Do exame dos autos, nota-se que o magistrado da vara criminal autorizou a quebra do segredo de justiça e as degravações foram utilizadas legalmente na instrução do processo administrativo disciplinar. Também deve ficar consignado que as interceptações não foram o único elemento de prova considerado na aplicação da pena de demissão ao servidor pois, além delas, outros elementos comprovaram a participação do impetrante na liberação de veículo com mercadoria irregular, sem a devida vistoria.

Dessa forma, o processo administrativo disciplinar a que o impetrante foi submetido não padece de nenhuma das nulidades arguidas na impetração, motivo pelo qual acompanho o ilustre relator para denegar a ordem.”

O Supremo Tribunal Federal também já firmou este entendimento no INQ 2.424, assim ementado:

“EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.” (STF, pleno, INQ 2424 QO, min. rel. Cezar Peluso, j. 24/08/2007).

O Sr. Min. Rel. Cezar Peluso registrou em seu voto que:

“Outra coisa é o uso lícito da prova consistente nos dados eletrônicos obtidos com violação da intimidade e, nessa moldura, é que tem agora o intérprete de, à mingua de distinção normativa explícita, a qual em si apontaria para outra ponderação efetuada pela própria norma constitucional, perquirir se existe, ou não, algum interesses público transcendente que, ligando-se a consequências de outra qualificação jurídico-normativa do mesmo ato ilícito objeto da investigação criminal, mereça sobrepor-se mais uma vez, agora na esfera ou instância não penal competente, à garantia de uma intimidade já devassada para efeito de aplicar ao autor daquele ato, por conta da sua simultânea ilicitude doutra ordem, a sanção legal não penal que lhe convenha ou corresponda, a título de resposta estratégica do ordenamento à transgressão de norma jurídica de taxinomia diversa.

(...)

Não há excogitar aí, nem de longe, outra ou nova ruptura da inviolabilidade pessoal das comunicações telefônicas, senão apenas o reconhecimento da igual valia ou repercussão jurídico-probatória da mesma interceptação autorizada por conta da aparência do caráter também criminoso do mesmo ato ou fato histórico. Tal razão é óbvia por que não teria propósito nem sentido arguir, aqui, vício ou inobservância ou alargamento daquela específica limitação constitucional da garantia, pois se trata apenas de tirar da mesma fonte de prova, sem outra ofensa qualquer à intimidade já devassada do agente.

(...)

O mesmo interesse público na repressão de ato criminoso grave que, por sua magnitude, prevalece sobre a garantia da inviolabilidade pessoal, justificando a

quebra que a limita, reaparece, com gravidade só reduzida pela natureza não criminal do ilícito administrativo e das respectivas sanções, como legitimante desse uso na esfera não criminal, segundo avaliação e percepção de sua evidente supremacia no confronto com o direito individual à intimidade”.

O Sr. Min. Marco Aurélio, no entanto, votou em sentido contrário ao do relator:

“a generalização de algo que se quer restrito, que se quer voltado ao objetivo único: a investigação criminal ou instrução processual penal. Que se aguarda, sem precipitações, sem atropelos, sem a eleição da gênese da vida, o desfecho de uma possível ação penal para que, a partir do que estampado no título executivo condenatório, chegar-se a providências. Ou, então, que se levantem meios legítimos – e, para mim, a extensão da quebra de sigilo não o é – no campo administrativo. A não ser assim, a limitação contida na parte final do mencionado inciso XII não terá significado que a ela, limitação, é própria”.

Por maioria, resolveram a questão de ordem pela autorização de envio ao STJ e ao CSN de cópias do acervo probatório coligido no Inquérito 2.424-4, autorizando-se a prova emprestada.¹¹⁰

A crítica cabível a esta posição é a de que não se pode automaticamente admitir uma prova emprestada sem que antes passe pelo crivo da proporcionalidade.

Ainda que incoerentemente, o legislador optou expressamente por limitar a realização de interceptação telefônica ao processo penal.

Logo, tem-se que o empréstimo da aludida prova justifica-se apenas em contextos que requerem a proteção de outro direito que se sobreponha ao direito à intimidade, assim como nos demais casos que envolvem a prova ilícita.

É intolerável a ideia de que o empréstimo da prova deve ocorrer porque o direito à intimidade já foi devassado.

Se assim fosse, qualquer prova ilícita seria aproveitada em qualquer processo, já que, via de regra, seu conhecimento é posterior à infração da norma que se pretendia proteger.

8 CONCLUSÃO

O objetivo primordial deste trabalho foi analisar como a vedação ao uso das provas ilícitas dialogava com o direito fundamental à prova e conciliava-se com a busca da verdade indicada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A bem da verdade, o direito à prova é o meio que garante o acesso à ordem jurídica justa, o devido processo legal e a ampla defesa.

¹¹⁰ Há outros inúmeros julgados autorizando o empréstimo da prova fruto de interceptação telefônica do processo penal a outros processos. Citem-se, por exemplo, os mais antigos, MS14140, PET. 3683 e RMS 24194.

Da mesma forma, é o direito à prova que, possibilitando a reconstrução dos fatos e a busca da verdade, atesta a justiça da decisão.

Nesse contexto, a justiça da decisão, correspondente à concessão da tutela jurisdicional conforme a verdade ocorrida no mundo externo, sem se limitar à “*justiça procedimental*”, isto é, baseada nas regras processuais, é o que consagra a utilização do processo como instrumento de pacificação social, de forma a permitir o alcance dos escopos sociais, políticos e jurídicos.

Assim, como justificar a limitação constitucional à prova por meio da vedação às provas ilícitas?

Descobriu-se que, a despeito da importância do direito à prova, os fins não podem justificar os meios, de tal sorte que a justiça deve ser alcançada mediante a observação dos procedimentos corretos e sem violar direitos de terceiros.

Concomitantemente, tão importantes quanto o direito à prova são os direitos fundamentais ligados às liberdades públicas, os quais são ínsitos ao Estado Democrático de Direito, e neles se incluem o direito à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade física, à dignidade humana etc.

Não obstante, nenhum direito é absoluto, de modo que é possível a mitigação de sua expressão a depender do caso concreto que o exija.

Nesse sentido, a vedação à prova ilícita deve ser superada nos casos em que haveria a violação de um direito ainda mais importante, na hipótese, caso não houvesse o aproveitamento da prova reputada ilícita.

Assim, defende-se a flexibilização da vedação da prova ilícita por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de cotejar os valores envolvidos em cada processo.

Sob esse viés, é possível aproveitar uma prova ilícita quando esta é favorável ao réu no processo penal, uma vez que o direito à inocência sobrepõe-se ao direito à intimidade.

Apesar disso, verificou-se que o aproveitamento da prova ilícita *pro reo* no âmbito do processo penal é a única hipótese pacífica na doutrina e jurisprudência, como se apenas nesse caso fosse possível a suplantação do direito à intimidade.

A própria legislação também reproduz tal tese, à medida em que, por exemplo, limita certos meios de prova, como a interceptação telefônica, ao processo penal, como se apenas ali houvesse o debate de um direito mais importante que o direito à intimidade.

Contudo, tal visão reproduz o dogma segundo o qual o processo civil lidaria com bens jurídicos menos importantes em comparação ao processo penal.

Como visto, o processo civil pode lidar com bens jurídicos tão ou mais importantes que aqueles objeto do processo penal. É que este pode dirimir apenas questões patrimoniais, enquanto aquele engloba direito ligado à família, aos alimentos e a outros metaindividuais.

Portanto, apurou-se a necessidade de que o debate da prova ilícita seja inserido no contexto do processo como instrumento de pacificação social e do cotejo dos valores por detrás do direito à prova, já que este não é um fim em si mesmo.

Concluiu-se, assim, acerca da possibilidade de uso da prova ilícita em outros casos que não *pro reo* no âmbito do processo penal.

9 BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Academia Brasileira de Direito Processual Civil–ABDPC, v. 27, 2005.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato; GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas. 1994.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, 301p.

As provas ilícitas no processo civil. Revista Panorama da Justiça, ano IV. n. 26. p. 18-20.

BADARÓ, Gustavo Henrique Processo penal / Gustavo Henrique Badaró. - 3. ed. revi, atual., e ampl., - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista Forense, v. 337, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de direito administrativo*, v. 213, p. 149-164, 1998.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Manual de Razonamiento Probatorio*. 2022.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos / Cassio Scarpinella Bueno. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista OABRJ*, v. 24, n. 1, p. 11-31, 2007.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 34, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. – 27. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1993,

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*/Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira - 11. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial – Segunda Série*. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2001. *Direito probatório* / coordenadores, Fredie Didier Jr. [et. al.] – 3ª ed. rev., e ampl. – Salvador. Juspodivm, 2018.

Direito Probatório / coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al]. – 3. Ed ver., e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2018.

DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. Poderes instrutórios do juiz, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA, William Santos et al. Princípios fundamentais da prova cível. 2008.

Fux, Luiz / Nery Jr., Nelson / Wambier, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O compartilhamento de dados obtidos por meio de interceptação telefônica. Altos estudos sobre a prova no processo penal, 2020, p. 305-333.

SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

SHIMURA, Sérgio. Princípio da proibição da prova ilícita. *Princípios processuais civis na constituição*. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). São Paulo: Ed. Campos Jurídico, 2008.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p. 145-162, 1998.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior. – 60. ed. – [2. Reimpr.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz. Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988, 1999.